

"La suspensión del juicio a prueba frente al deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer"



Trabajo Final de Grado

-Abogacía-

Gabriel Silvano Agustín Longhin Cano

-2017-

RESUMEN

El propósito del presente trabajo es brindar una respuesta al aparente conflicto existente entre la aplicación de la suspensión del juicio a prueba y los objetivos perseguidos por la normativa tanto nacional como internacional de protección de las mujeres víctimas de violencia en razón de su género. A través de una exposición conceptual, doctrinaria y jurisprudencial se busca demostrar que la *probation* es un medio eficaz para la resolución de conflictos penales, al poseer un carácter coactivo, y cuyo fin no busca la impunidad del hecho, sino la prevención de otros futuros. Por ello, la aplicación de nuevas políticas criminales que incluyan una visión de género, no deben prescindir de los elementos que brinda el ordenamiento jurídico a fin de dar una respuesta adecuada a cada caso.

Palabras clave: *suspensión del juicio a prueba – violencia de género*

ABSTRACT

The purpose of this paper is to give an answer to the apparent conflict between granting *probation* (as regulated by Argentine Law) and the objectives pursued by the domestic and international norms regarding the protection of women victims of gender-based violence. Through an exposition of Argentine legal doctrine and jurisprudence, the paper aims to show that, due to its coercive nature as well as to its main functional goal (which is not to grant impunity, but to prevent future misconduct), probation is an efficient method to solve criminal conflicts. Thus, the application of new criminal policies that include a gender perspective must not forego other tools offered by the legal system, such as probation, which can help give an adequate solution to each individual case.

Keywords: *probation – gender-based violence*

Índice

<i>Introducción</i>	5
 <i>Capítulo 1: La Suspensión del juicio a prueba</i>	
1.1.-Concepto.	8
1.2.-Fundamentos y naturaleza. Finalidad.....	9
1.3.- Su recepción en el marco normativo argentino. Presupuestos de procedencia.....	12
 <i>Capítulo 2: Evolución Jurisprudencial</i>	
2.1.-Primera Etapa. ¿Tesis amplia o restringida?.....	14
2.2.-Segunda Etapa. Acosta y un acercamiento al sistema penal como <i>ultima ratio</i>	15
2.3.-Tercera Etapa. El caso Góngora: ¿un retroceso en el avance de las garantías?.....	17
 <i>Capítulo 3: Violencia de género.</i>	
3.1.-Su regulación en el ordenamiento jurídico argentino.....	19
3.2.-Su alcance a los términos de los instrumentos internacionales.....	21
3.3.-Aclarando conceptos: violencia contra la mujer, violencia de género y violencia doméstica o familiar.....	23
 <i>Capítulo 4: La suspensión del procedimiento a prueba en la jurisprudencia actual.</i>	
4.1.- Reseña de fallos que la deniegan citando la Convención Belém Do Pará.....	27
4.2.-La postura de la denominada tesis de la contradicción insalvable.....	30
4.3.-Reseña de fallos y doctrina que disiente con la “doctrina Góngora”.....	32
4.4.- Respuesta a la tesis de la contradicción insalvable.....	38

Capítulo 5: La prevención como instrumento fundamental en la lucha contra la violencia de género. El rol de la suspensión del juicio a prueba.

5.1.-El papel del precedente.....	42
5.2.- La función de la <i>probation</i> dentro del marco de los postulados de "prevenir, sancionar y erradicar" de la Convención Belém Do Pará.....	44
5.3.-El rol del principio " <i>pro homine</i> "	46
5.4.- ¿Son las soluciones de carácter punitivo la única respuesta posible frente a cada caso de violencia de género?.....	47
<i>Conclusiones</i>	52
<i>Bibliografía</i>	57

Introducción.

La suspensión del juicio a prueba como medida alternativa a la pena privativa de la libertad se convirtió en un elemento imprescindible dentro del sistema penal argentino, desde su incorporación legal en el año 1994, no solamente por ayudar al descongestionamiento de causas al aplicarse a delitos de escasa gravedad, sino también al ser una manifestación de un nuevo enfoque preventivo como respuesta frente al delito.

Su regulación generó diversas posturas en cuanto a la interpretación de los requisitos para su concesión, discusión que llegó a su fin en el 2008 con los célebres fallos "Acosta"¹ y "Norverto"² de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, los cuales se inclinaron por la denominada tesis amplia. Dichos precedentes significaron la cumbre en la evolución jurisprudencial que fue delineando la aplicación de la *probation*, los que acompañaron una evolución del derecho penal y procesal penal encaminada cada vez más a la aceptación e incorporación del principio de oportunidad, buscando así diferentes respuestas a las netamente punitivas.

Estos avances en la aplicación de la suspensión del juicio a prueba como parte del principio de mínima intervención penal encuentran un límite en el año 2013, nuevamente con una sentencia de la Corte. En la causa "Góngora"³ el cimero tribunal nacional consideró que el otorgamiento de la *probation* en casos donde se configure algún tipo de violencia de género controvierte las obligaciones asumidas por Argentina al suscribir la Convención Belém Do Pará, siendo el debate oral la única alternativa para cumplir con las obligaciones internacionales contraídas al suscribir dicho instrumentos.

La doctrina sentada por dicho fallo tuvo una rápida expansión en las decisiones del resto de los tribunales del país, coincidente con un momento donde la sociedad ha comenzado a tomar conciencia de la dimensión y los alcances de la violencia de género, asomándose así la solución propiciada por "Góngora" como una respuesta a tenor del pedido de justicia frente a éstos casos.

Sin dudar de la noble intención que hay detrás del pedido de investigar y sancionar la violencia contra la mujer, la aplicación del nuevo criterio de la Corte ha llevado a la justicia a un extremo. Si antes pecaba por defecto, al no atender las particularidades de éste tipo de

¹ CSJN "Acosta, Alejandro Esteban" 23/04/2008

² CSJN "Norverto, Jorge Braulio" 23/04/2008

³ CSJN "Góngora, Gabriel Arnaldo" 23/04/2013

violencia, con posterioridad a "Góngora" se observa una etapa de exceso de rigorismo, en donde prácticamente a cada caso donde exista una víctima mujer en un delito, sin importar su gravedad, si se trata de un caso aislado o no, y a veces incluso sin escuchar a la víctima, se llega a la misma solución de corte punitivo.

Ese criterio de interpretación de la normativa interamericana descripto es morigerado por algunos Tribunales, los cuales entienden que la solución dada a "Góngora" fue motivada por un caso concreto, y a diferencia de "Acosta" no marca un criterio general de aplicación de la ley, aunque sí un importante precedente. Frente a ello surge la imperiosa necesidad de diferenciar en cuáles hechos existe violencia de género, y no un acto de violencia contra una mujer aislado de dicho contexto, a fin de comprender qué casos son los que caen bajo la órbita del compromiso internacional asumido.

A lo largo del desarrollo del presente trabajo se buscará responder al interrogante planteado de si la aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba resulta contradictoria con el deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. El interés concreto en su respuesta obedece a la necesidad de establecer un equilibrio en la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en conjunción con la normativa interna. Ello fruto de la gran utilidad que reviste en la práctica forense dicho instituto, no solo en vistas al funcionamiento del sistema penal, sino también como un medio que busca la solución de un conflicto sin la necesidad de caer en el poder punitivo del estado.

Para ello en primer lugar se procederá a la descripción del instituto de la *probation* en Argentina conforme a su legislación y el análisis doctrinario respectivo. Posteriormente a través de una reseña de los hitos jurisprudenciales de su aplicación en la práctica forense se buscará exponer el fundamento y utilidad que tiene la suspensión del juicio a prueba dentro del proceso penal, para así poder comprender el impacto que ha causado el precedente "Góngora".

Una vez delimitado el contexto en el que se desarrolló el instituto hasta el año 2013, prosigue el trabajo con un nueva meta conceptual, la cual se centrará en la problemática del alcance de la terminología de violencia contra la mujer, violencia de género y violencia familiar, conforme su recepción tanto normativa como jurisprudencial a nivel local, como su regulación en los instrumentos interamericanos.

Completado el marco conceptual se expondrá un análisis de los diversos pronunciamientos recaídos luego de la causa "Góngora", como así también las diferentes voces que surgieron en la doctrina nacional. Ello a fin de determinar si la doctrina sentada por la Suprema Corte de Justicia implica una valla infranqueable para la concesión de la suspensión del juicio a prueba.

Como cierre, se expondrán los argumentos que dan relevancia actual a la suspensión del juicio a prueba y demuestran su utilidad, atento a los problemas que pueden surgir de otorgar solamente respuestas de carácter punitivo. Asimismo, se aportarán ideas con el objetivo de enriquecer la discusión de si los criterios de oportunidad pueden cumplir satisfactoriamente una función preventiva en determinados casos de violencia de género, sin por ello dejar de lado los objetivos previstos por la Convención Belém Do Pará.

Capítulo 1: La Suspensión del juicio a prueba.

El propósito de éste capítulo introductorio es exponer una breve pero concreta reseña de las bases legales y doctrinarias que conceptualizan a la suspensión del procedimiento a prueba, a fin de dejar sentados los cimientos de los argumentos que se desarrollarán al contrastar la temática de la violencia de género y su regulación con la preexistente del Código Penal.

1.1.-Concepto.

La suspensión del juicio a prueba consiste en la paralización del trámite del proceso penal iniciado en contra de una persona, durante un cierto lapso, siempre que concurren las condiciones de admisibilidad previstas por la ley. Durante ese período de tiempo el imputado deberá cumplir una serie de pautas de conducta, y en la medida que haya daño constatable y acorde a sus posibilidades económicas, deberá reparar el daño a la víctima. Cumplidas las condiciones y transcurrido el período de prueba, la acción penal se extingue, caso contrario el proceso penal continuará en el estado que se encontraba previo al otorgamiento de la suspensión. (Baigún, Zaffaroni, Vitale, 2002, p.810).

Dicho instituto constituye una manifestación del principio de oportunidad procesal, es decir, es una excepción al principio de legalidad procesal que implica una paralización temporal del ejercicio del poder punitivo del Estado. En el caso de la suspensión del juicio a prueba, lo que extingue la acción penal es el cumplimiento satisfactorio del período de prueba. El nombrado principio de oportunidad contrarresta la ficción de que todos los delitos que se cometen en nuestra sociedad pueden ser investigados y eventualmente penados, argumento que lo lleva a Vitale (1996) –entre otros autores- a considerar que el principio de legalidad procesal es materialmente irrealizable. Ello debido a que el sistema penal se caracteriza por la selectividad de su funcionamiento real, en otras palabras, no hay posibilidad de investigar y penalizar cada hecho ilícito que se produzca.

Coincide Bovino (2013) en tales críticas al principio de legalidad procesal, sumando a la discusión el argumento de que la persecución penal obligatoria satura al sistema judicial penal y de esa manera contribuye a un proceso de selección irracional, transformándose en un obstáculo para racionalizar la política de persecución estatal, ya que en la realidad de la práctica forense solo se ocupa de hechos de criminalidad común.

En resumen, la incorporación de la suspensión del juicio a prueba a nuestro plexo normativo es una cabal demostración que el delito penal no puede ser considerado únicamente desde una óptica dogmática, debe también ser valorado como la manifestación de un conflicto para el cual debe intentarse una solución. El encierro no es un remedio para todos los problemas que subyacen detrás del ilícito (Vitale, 1996).

1.2.-Fundamentos y naturaleza. Finalidad.

El núcleo argumental que generó la necesidad de incorporar a la suspensión del juicio a prueba en nuestra legislación se centra en dos aspectos claves: el primero en brindar un nuevo enfoque preventivo, para evitar la aplicación de penas leves de privación de la libertad carentes de eficacia resocializadora a la vez que se brinda una posibilidad de resolver un conflicto. Y, por otra parte, intenta agilizar el ejercicio de la acción penal, racionalizando los recursos con los que cuenta la justicia (García Lois, 2009), buscando así también el descongestionamiento de causas en el abarrotado sistema penal. Coincide en éste punto Vitale (1998), ya que así pueden orientarse los escasos recursos con los que cuenta la justicia hacia la investigación y eventual punición de los delitos de mayor gravedad, procurando mejorar la eficacia del sistema por medio de la limitación del poder punitivo. Así, esta nueva herramienta brinda la posibilidad de lograr un mayor control judicial sobre una franja de conductas ilícitas que previamente solo podían ser castigadas con una pena de ejecución condicional, sobre la cual y con posterioridad a su dictado no se ejercía un contralor eficiente para monitorear la readaptación del condenado.

Esa finalidad preventiva enunciada busca generar o fortificar ciertas pautas de conducta cuyo fin es la reinserción social para las personas sometidas a proceso. Fin que se intenta alcanzar a través de las reglas que la ley permite al tribunal imponer y modificar según sea conveniente al caso, cuyo incumplimiento será causal de revocación, y por ende, proseguir con el proceso hasta el dictado de una sentencia. A su vez, esa situación motiva a la persona a la cual le fue otorgado el beneficio, ya que al cumplir las pautas de conducta evita un posible antecedente condenatorio, con el estigma que ello implica. (Vitale, 1996). Estigma que muchas veces se extiende en el tiempo, ocasionando serios problemas en el desenvolvimiento de la vida normal de una persona en la sociedad, donde la consecuencia de una sentencia condenatoria puede derivar en problemas de acceso a un trabajo, obstáculos para estudiar o la simple “condena social”. Consecuencias que en su conjunto se transforman en un elemento más que incide en los índices de violencia, creándose así un círculo vicioso,

donde la comisión de un delito deriva en una cierta marginalidad, y ésta a su vez deriva en la comisión de nuevos ilícitos (Peralta, en Altamirano, 2013).

Lo hasta aquí expuesto exhibe como la suspensión del juicio a prueba forma parte de un moderno enfoque de política criminal que tiende a la disminución de la selectividad del sistema penal, buscando mejorar su eficacia en procura de la persecución de los delitos de mayor gravedad social, tan solo frenando el poder punitivo estatal. La realidad implica que el principio de legalidad procesal es irrealizable, por ende el Estado debe buscar y brindar nuevas y más efectivas herramientas a los fines de resolver aquellas conductas que contravengan al sistema legal penal, sin que ello implique dejar de investigar, pero si haciéndolo de manera efectiva y coherente con la gravedad que presentan los distintos tipos de situaciones. En otras palabras, frente a un delito similar, el sistema puede otorgar respuestas diferentes que se adapten a cada hecho concreto y sus actores.

También la jurisprudencia nacional coincide con el enfoque doctrinario expuesto, explicando que la estructura de opción de la *probation* abarca dos núcleos claves. Por un lado buscar evitar la comisión de nuevos delitos, es decir presenta un propósito de prevención general; y en segundo lugar intentar la asistencia al infractor a través su readaptación y reinserción en la comunidad. Estos dos elementos fundamentales que implican tanto el control como la ayuda y asistencia, han estado siempre intrínsecamente unidos de un modo muy estrecho⁴. La razón de esto es que con el fin de evitar la sanción privativa de la libertad el sistema de la suspensión del juicio a prueba requiere sujetar esa no imposición a una serie de condiciones que durante un tiempo determinado, el sujeto debe observar. Justamente, la función de las pautas de conducta, que el Tribunal dispondrá con discreción, no forman parte de la pena, sino que son las encargadas de llevar a cabo la función de prevención de nuevos delitos, por esa razón es que deben aplicarse teniendo en miras el caso concreto y limitadas a esa función, ya que el fin último es la resocialización para evitar que se vuelva delinquir⁵. Lo que se intenta es llegar a una comprensión íntegra de un sistema moderno de justicia penal, donde no solo se busca mejorar su agilidad, sino que con herramientas como la *probation*, se tienda a alcanzar ese fin preventivo, que busca evitar que la persona tutelada vuelva a incurrir en alguna conducta ilícita.

⁴ CNCP en pleno "Kosuta, Teresa R." 17/08/1999, La Ley 1999-E, 165

⁵ TSJ Cba, "Bagnarelli, Eduardo Aristides", 15/09/10, sentencia N° 234

Esta concepción se corresponde con el derecho internacional de los derechos humanos, y en tal sentido, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de la libertad, conocidas como "Reglas de Tokio", en su regla 12.2 establece que: "Las obligaciones que ha de cumplir el delincuente serán prácticas, precisas y tan pocas como sea posible, y tendrán por objeto reducir las posibilidades de reincidencia en el comportamiento delictivo e incrementar las posibilidades de reinserción social del delincuente, teniendo en cuenta las necesidades de la víctima.", mandato que obliga, para dotar de razonabilidad a su imposición, que el órgano judicial ponga en balance no sólo las condiciones personales del imputado, la posibilidad que tiene o no de cumplir las obligaciones que se le impongan y la identidad e importancia del delito que se le atribuye, sin olvidar, además, de atender la situación de la víctima.

Un último aspecto, pero no por ello menos relevante, es destacar que la *probation* no solo tiene en cuenta la situación de la persona imputada, tanto Vitale (1996) como Bovino (2013) consideran que dicho instituto también incluye en sus fines la protección víctima a través de la reparación perjuicio del daño que el imputado le haya causado, diferenciándose así del sistema penal tradicional que hasta ese entonces solo permitía la condena o absolución, despreocupándose por completo de la situación en la que se encontrara quien fuera perjudicado por el actuar ilícito. Así, toma en consideración el interés de la víctima del delito, y suma a ello las ventajas de establecer sanciones de carácter compensatorio o reparador, al desprenderse de éstos mecanismos de una mayor idoneidad para resolver conflictos sociales y que atiendan a los intereses de las partes. De esa forma, a la vez se produce un quiebre en uno de los elementos característicos del derecho penal: la reacción punitiva estatal como única y posible solución, dando así cabida a la diversificación de respuestas frente a los hechos lesivos. Ya que, justamente, muchas veces el interés de la víctima pasa más por la reparación de lo que el ilícito haya alterado en su mundo más que en la imposición de una pena al infractor.

Para la efectividad de este mecanismo, es de fundamental importancia que el ofendido comprenda que lo que se busca es la reparación del daño y no evitar el castigo. No hay que confundir la reparación ni reducirla a su concepto económico, existen soluciones que objetiva o simbólicamente pueden poner a la víctima en la situación que se encontraba antes del hecho lesivo. De esta manera el sistema también le ofrece al imputado la posibilidad de aprender de su error y dar cuenta de sus actos. Por ese motivo la acción compensadora y la modalidad que

ella adquiera resulta crucial para el logro del objetivo reparador y el impacto que pueda producir en el afectado (Scarafia, en Altamirano 2013, p. 522/524).

Por estas razones, es que autores como Juliano (2011), entienden que la suspensión del procedimiento a prueba no es una forma de impunidad, eso sería ignorar los alcances del sistema penal en su conjunto, ya que es necesario comprender la imposibilidad material de procesar la totalidad de los conflictos existentes por el juicio oral, y a su vez, la conveniencia que poseen las formas alternativas de resolución de conflicto que tienen como ventaja que la víctima es también protagonista, ya que no siempre es la pena la mejor herramienta para restaurar la paz social.

1.3.-Su recepción en el marco normativo argentino. Presupuestos de procedencia.

La sanción de la Ley N° 24.316 (B.O. 19/5/1994) introduce la suspensión del juicio a prueba al ordenamiento jurídico argentino mediante la incorporación al Código Penal -entre otras modificaciones- los artículos 76 bis, 76 ter y 76 quater. En su primer párrafo el artículo 76 bis reza: *“El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.”*

A pesar de que la ley denomina este instituto "suspensión del juicio a prueba", conforme surge del título XII del Código Penal y del texto del artículo transliterado en el párrafo precedente, la doctrina prefiere referirse a la misma como “suspensión del procedimiento a prueba” (Bovino, 2013, Vitale, 1998, entre otros). Justifican dicha denominación porque uno de los efectos de su aplicación es suspender el trámite del proceso dentro del cual se encuentra inmersa una persona imputada, en cualquiera de sus etapas previas al juicio. Asimismo, es necesario aclarar, que a pesar de que hoy en día el uso de la voz anglosajona *“probation”* en nuestro sistema jurídico se utiliza para referirse a la suspensión del juicio a prueba, la institución extranjera en su origen alude a un sistema de prueba que se aplica a personas condenadas, lo que marca una tajante diferencia con nuestra legislación, ya que en Argentina la suspensión del procedimiento a prueba se aplica a personas imputadas, es decir, a quien todavía goza de su presunción de inocencia. Hecha esta salvedad, a los propósitos de éste trabajo, se utilizarán como sinónimos tanto "suspensión del juicio a prueba", "suspensión del procedimiento a prueba" y *“probation”*, conforme a su uso indistinto en la jurisprudencia nacional.

Los requisitos para su aplicación son: a) que sea la persona imputada quien solicite la aplicación del instituto (sin que ello implique confesión, art. 76 bis, 1° párrafo, C.P.); b) que el delito imputado sea de acción pública (art. 76 bis, 1° párrafo, C.P.); c) que la pena a aplicar no exceda de los tres años (art. 76 bis, 2° párrafo, C.P.) y que pueda ser impuesta en forma condicional; d) que la persona procesada ofrezca a hacerse cargo de la reparación del daño causado al damnificado en la medida de sus posibilidades (art. 76 bis, 3° párrafo C.P.); e) consentimiento del Ministerio Público Fiscal (art. 76 bis, 4° párrafo, C.P.)

A su vez, existen como limitaciones a su concesión que: i) que no se trate de un funcionario público acusado de un delito cometido en ejercicio de sus funciones (art. 76 bis, 7° párrafo, C.P.); ii) que el delito imputado no acarree pena de inhabilitación (art. 76 bis, 8° párrafo, C.P.); iii) si tiene pena de multa, sea alternativa o conjunta, el peticionante debe abonar el monto mínimo (art. 76 bis, 5° párrafo, C.P.); iv) que los delitos imputados no se encuentren alcanzados por lo dispuesto en las leyes 23.737 (sobre tráfico de estupefacientes) y 23.771 (ley penal tributaria) (art. 76 bis, 9° párrafo, C.P.) y v) que en caso de solicitar por segunda vez la suspensión del juicio a prueba, hayan transcurrido ocho años desde la expiración del plazo de una anterior suspensión, no pudiendo ser otorgada nuevamente a quien se le haya revocado la primera por incumplimiento de las reglas de conducta o la comisión de un nuevo delito (art. 76 ter, 6° y 7° párrafo, C.P.)

Un último factor a considerar, luego de la sanción de la Ley N° 27.147 (B.O. 18/06/2015) que reformó el artículo 76 del Código Penal -entre otros-, es que se ha introducido en la discusión una nueva variable, ya que dicha reforma dispuso que la suspensión del juicio a prueba se regirá conforme a las leyes procesales correspondientes, dejando de ésta manera la regulación del instituto del Código Penal en forma supletoria (Abosso, 2016).

Capítulo 2: Evolución Jurisprudencial.

2.1.-Primera Etapa. ¿Tesis amplia o restringida?

Inicialmente, la aplicación de la *probation* disparó divergencias interpretativas, dividiéndose tanto la doctrina como la jurisprudencia en las denominadas "tesis restringida" y "tesis amplia". La primera considera que la suspensión del juicio a prueba no puede aplicarse en delitos cuya pena máxima supere los tres años de prisión, éste fue el criterio aplicado por la jurisprudencia nacional a partir del plenario "Kosuta". En cambio, la segunda, condiciona la aplicación del instituto a que la escala penal en abstracto no exceda de los tres años de pena privativa de libertad, esta tesis fue aplicada por diversos tribunales provinciales, para finalmente ser la aplicada en la actualidad tras lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Acosta"⁶.

La denominada "tesis restringida" fundó sus cimientos acorde a una literal interpretación del primer y segundo párrafo del artículo 76 bis del Código Penal, formulando en su consecuencia que para poder acceder al beneficio de la suspensión de juicio a prueba, quien la solicite debe encontrarse imputado de un delito de acción pública que prevea como castigo una pena de prisión o reclusión cuyo máximo no exceda de tres años, debiendo ofrecer la reparación del daño causado, y que las circunstancias del caso permitieren dejar en suspenso el cumplimiento de la pena. También otorga un carácter vinculante a la aprobación del Ministerio Público Fiscal, el que solo puede ser dejado de lado por cuestiones de logicidad, en otras palabras, que el dictamen denegatorio no esté debidamente fundado en cuanto a la ley aplicable y las circunstancias fácticas que se desprenden del caso.

Con el dictado del plenario "Kosuta", la Cámara Nacional de Casación Penal dejó zanjada la discusión en el ámbito federal, donde se argumentó para fundar la adhesión a la tesis restringida que "...la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y siguientes del Cód. Penal es la reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años..."⁷. Refiriéndose con esas palabras a la escala penal en abstracto prevista para el delito atribuido, cuyo máximo no deberá ser mayor a tres años de prisión o reclusión, aun cuando exista concurso de delitos. Incluso dicho plenario respondió negativamente a la pregunta de si es posible aplicar la suspensión del juicio a prueba cuando

⁶ CSJN "Acosta, Alejandro Esteban" 23/04/2008, Fallos 331:858

⁷ CNCP en pleno "Kosuta, Teresa R." 17/08/1999, La Ley 1999-E, 165

la escala penal supere los tres años de pena privativa de libertad, pero permita por su mínimo aplicar una pena de ejecución condicional.

2.2.-Segunda Etapa. Acosta y un acercamiento al sistema penal como *ultima ratio*.

Como fue brevemente descripto al inicio de este capítulo, la denominada tesis amplia entiende que debe interpretarse al artículo 76 bis del Código Penal como un conjunto normativo indivisible que regula dos supuestos. En su primer y segundo párrafo refiere a los delitos reprimidos con pena máxima que no supere los tres años de prisión, y en el cuarto párrafo regula el caso del o los delitos en que la condena aplicable pudiera ser dejada en suspenso, y atento a que el que el Tribunal por el mandato legal debe considerar las circunstancias del caso, la misma norma se aparta del mecanismo del supuesto del primer párrafo cuando el delito, o concurso de delitos imputados prevean una pena que permita su aplicación de acuerdo al artículo 26 del código sustantivo.

Esta tesis había sido dejada de lado por el plenario Kosuta, el cual fue de aplicación obligatoria para los tribunales en el fuero federal, en cambio a nivel provincial la tesis amplia si fue adoptada. Entre ellos, el precedente “Balboa” del Tribunal Superior de Córdoba donde se pregonó que la remisión que efectúa el cuarto párrafo del artículo 76 bis del Código Penal a los requisitos de la condena condicional “justifica acudir a una interpretación sistemática, en procura de armonizar las regulaciones legales de los institutos aquí implicados, toda vez que ambas son manifestaciones del principio de mínima suficiencia”⁸.

La discordancia entre los diversos fueros fue cerrada definitivamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el dictado del fallo “Acosta”, en el que se hizo lugar a un recurso impetrado contra la denegatoria de la suspensión del juicio a prueba a un imputado por un delito reprimido en abstracto con pena privativa de la libertad superior a tres años. La Corte argumentó que la tesis restrictiva “se funda en una exégesis irrazonable de la norma (...), toda vez que consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la propia ley reconoce”⁹, esto porque la tesis restrictiva solo se centra en los dos primeros párrafos del artículo 76 bis del Código Penal, restándole validez a lo prescripto en su cuarto párrafo.

⁸ TSJ Cba, “Balboa, Javier Eduardo” 19/03/2004

⁹ CSJN “Acosta, Alejandro Esteban” 23/04/2008, considerando 7°

El supremo tribunal del país fue más allá de solamente haber dejado de lado la discusión de que cuál es el criterio a adoptar para la aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba, en profundidad, los argumentos que la llevaron a tomar la postura reseñada marcan el inicio de la doctrina del reconocimiento del principio *pro homine* como herramienta de la interpretación de la ley penal, principio derivado del sistema de protección internacional de los derechos humanos (Bovino 2013). En palabras de la Corte al explicar las reglas de interpretación que deben observarse a la hora de rever una norma:

“(…) la observancia de estas reglas generales no agota la tarea de interpretación de las normas penales, puesto que el principio de legalidad (art. 18 de la Constitución Nacional) exige priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal.”¹⁰

Justamente, en observancia del mencionado principio *pro homine* es que se arriba al razonamiento de que la interpretación dada por la tesis restringida es irrazonable, ya que condiciona derechos frente al poder estatal, cuando lo que se busca en un sistema adecuado a los principios que rigen los tratados de derechos humanos es delimitar el ejercicio del poder punitivo. Ello es coincidente con el principio que considera al derecho penal como la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, que responde a una visión que busca acercarlo cada vez más a la solución del conflicto que a la justicia retributiva.

Otro aspecto no menor a destacar y relacionado con el criterio garantista sentado en “Acosta”, es que tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran que la *probation* es un derecho y no una mera gracia del poder punitivo estatal (Bovino 2013, Peralta 2013), es la persona acusada la que debe solicitar su aplicación, someterse voluntariamente a las pautas de conducta y acceder a la reparación del daño causado. Tal concepción fue receptada y ampliada por el Tribunal Superior de Córdoba al precisar que: “...resulta evidente que las hipótesis excluidas del beneficio deben ser interpretadas taxativamente, en tanto y en cuanto, reiteramos, constituyen limitaciones al ejercicio de un derecho conferido por el ordenamiento jurídico al imputado.”¹¹

¹⁰ CSJN “Acosta, Alejandro Esteban” 23/04/2008, considerando 6º, último párrafo.

¹¹ T.S.J. Córdoba, Sala Penal “Ludueña, Raúl E.”

2.3.-Tercera Etapa. El caso Góngora: ¿un retroceso en el avance de las garantías?

La reseñada evolución jurisprudencial que fue ampliando y dando forma a la suspensión del procedimiento a prueba, parece haber encontrado un límite con la resolución dada por el supremo tribunal argentino en la causa "Góngora"¹². Allí se revocó la suspensión de juicio a prueba otorgada a un imputado por el delito de abuso sexual y que calificaba como un hecho de violencia contra la mujer, el que la Corte consideró que no fue puesto en crisis conforme su encuadramiento por el artículo 1 de la Convención Belém Do Pará, contrariando el criterio de la Cámara de Casación, la que entendió que las obligaciones contraídas por el Estado Argentino al suscribir dicho instrumento internacional no obstan a la posibilidad de conceder la suspensión del juicio a prueba prevista en el artículo 76 bis del Código Penal.

El argumento central dado por la Corte para revertir dicho pronunciamiento se funda en la interpretación y el alcance que debe darse al artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, el que textualmente prescribe: "Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas, orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: (...) b) actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer (...) f) establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos". La Corte entendió que en virtud de esa específica obligación, la concesión de la *probation* impide el acceso efectivo a la justicia de la víctima de violencia de género, ya que si los objetivos de la citada convención aluden a la necesidad de establecer un procedimiento legal justo y eficaz para la mujer, que incluya un juicio oportuno, cualquier otra vía conclusiva del proceso que no sea antecedida por la instancia del debate oral sería improcedente; incluso únicamente a la etapa del juicio oral la posibilidad de que la víctima comparezca a fin de efectivizar el acceso efectivo al proceso y validar así su pretensión sancionatoria.

Un primer análisis de este fallo implica ubicarlo en forma espacio temporal, ya que fue dictado en un momento en el que en América Latina el interés por el derecho represivo y una suerte de rebrote de punitivismo hacia los hechos cometidos donde pueda existir algún tipo de violencia contra la mujer, ha propagado al rechazo a cualquier tipo de medida

¹² CSJN "Góngora, Gabriel Arnaldo" 23/04/2013

alternativa a la prisión. Entiende Di Corletto (2013) que la crítica a tales métodos es comprensible en tanto cuestiona aquellos sistemas de administración de justicia inequitativos, que mantienen la impunidad en los crímenes contra las mujeres. Sin embargo, advierte la autora, de la necesidad de alertar sobre las dificultades de diseñar categorías específicas o excepciones que refuerzan el pensamiento estereotipado respecto de las mujeres.

Parte de la doctrina penal criticó duramente la decisión adoptada en Góngora, que tildó al fallo como un lamentable retroceso de la Corte, que deja de lado el principio de mínima intervención penal y así crea una suerte de nuevos enemigos para el sistema penal: los imputados por hechos de violencia contra la mujer, Juliano (2013), Vitale (2013), Bovino(2013), entre otros. Por el contrario, un sector del movimiento feminista, netamente de corte punitivista, vio la negación de la suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género como parte de tendencia compatible con el derecho internacional. En ese último enfoque es al que la gran mayoría de la actual jurisprudencia se ha inclinado, siguiendo así la doctrina “Góngora” (Guirado, 2016).

Vitale advierte que la Corte Suprema ha creado en nuestro país una causa de inadmisibilidad que no se encuentra prevista en la ley, retrocediendo así en el camino de avance que dio en “Acosta” y “Norverto” hacia la consolidación de un sistema de garantías. Así como "Kosuta" en su época, “Góngora” viene a representar un paso atrás en el discurso moderno que se adopta una visión del derecho penal y procesal penal que busca, en la medida de las posibilidades del caso, más a la solución del conflicto que a la retribución, que la misma Corte adoptó en “Acosta” y “Norverto”. (Vitale, 2014). Justamente, los instrumentos internacionales a los que se hace mención en “Góngora”, no prohíben expresamente la aplicación del instituto en crisis, solo aluden a la necesidad de la eficiencia y rapidez para resolver los casos donde se configure violencia de género, olvidando así cualquier otra solución que pueda brindar el ordenamiento jurídico de cada país que los suscribió (Pablovsky, 2013).

Capítulo 3: Violencia de género.

3.1.-Su regulación en el ordenamiento jurídico argentino.

La violencia de género no es una construcción reciente de la ley, el periodismo o la sociología, es una problemática que ha existido tanto tiempo sin pasar al plano de relevancia que hoy se le otorga no solo en el derecho, sino en el seno de la sociedad, que se ha convertido en un fenómeno de alcance global, que puede vislumbrarse en cada estrato de la sociedad.

Fruto de ello, y cumpliendo con la obligación contraída al suscribir la Convención Belém Do Pará, específicamente en el inciso c) de su artículo 7º, es que el Congreso de la Nación Argentina sancionó en el año 2009 la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres. Dicha norma toma la tesis de que la agresión a una mujer es una violencia estructural que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos, considerando que el hecho de ser mujer ya es un factor de riesgo para sufrir determinados tipos de violencia, ello en base a admitir que la realidad se encuentra marcada por patrones de dominación histórica masculina (Medina, 2013).

El artículo 4º de la Ley N° 26.485 expresa que debe entenderse por violencia contra las mujeres a “(...) toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal”, Medina (2013) interpreta que la norma apunta a un concepto de violencia descriptivo, su eje se centra en la víctima más que en el autor, configurando la relación desigual de poder la suposición central de lo que es la violencia de género. La reglamentación específica de dicha ley entiende por relación desigual de poder “(...) la que se configura por prácticas socioculturales históricas basadas en la idea de la inferioridad de las mujeres o la superioridad de los varones, o en conductas estereotipadas de hombres y mujeres, que limitan total o parcialmente el reconocimiento o goce de los derechos de éstas, en cualquier ámbito en que desarrollen sus relaciones interpersonales.”¹³

Las ideas conceptuales plasmadas por esta normativa, fueron descriptas claramente por la doctrina española, Larrauri (2007) considera que “la primera afirmación característica del razonamiento de violencia de género es asumir que la causa fundamental de la violencia

¹³ Decreto reglamentario N° 1011/2010, artículo 4.

contra la mujer es la desigualdad de géneros existente en nuestra sociedad, que mantiene a la mujer en una posición subordinada”, coincidiendo con esta visión Maqueda Abreu (2006), quien entiende que la violencia contra las mujeres no es una cuestión biológica ni doméstica sino de género, es una consecuencia de una estructura social histórica de raíz patriarcal, es una construcción cultural que tiene que ver con el rol que la sociedad ha asignado a varones y mujeres.

Como se ha expuesto hasta ahora, lo que la ley regula como violencia contra la mujer abarca un espectro sumamente amplio, fruto de las múltiples facetas que abarca este fenómeno. La doctrina argentina, por su parte, hace también su aporte a fin de dar un concepto del tema:

Se entiende por violencia de género una violencia estructural, que se caracteriza porque tiene su origen y se fundamenta en las normas y valores socio-culturales que determinan el orden social establecido. Surge desde dentro y actúa como elemento de convivencia bajo el patrón diseñado, puesto que contribuye a mantener la escala de valores, a reducir los puntos de fricción que puedan presentarse en las relaciones de pareja entre hombres y mujeres, y de ahí en la sociedad en general por medio de la sumisión y el control de la mujer, y a recluir y confinar este tipo de conductas al ámbito de lo privado, ocultándolo y dejando entrever una cierta normalidad y aceptación, lo que no existe o no se ve, favorece la perpetración de conductas y transmisión de valores. (Companys, 2013, p.503/504)

La amplitud de la expresión “violencia contra la mujer” engloba distintos tipos y modalidades, una de las cuales se observa en el ámbito de la violencia doméstica. La llamada violencia doméstica o familiar es parte del complejo entramado donde puede desarrollarse la violencia de género. En Argentina en 1994 se dictó la Ley 24.417 de “Protección contra la Violencia Familiar”, Medina (2007) citando a Kemelmajer de Carlucci entiende que el objeto de esa ley es proteger a “todo aquel que sufre hechos de violencia por acción u omisión, directa o indirecta, mediante la cual se infringe sufrimiento físico, psíquico, sexual o moral a cualquiera de los miembros que conforman el grupo familiar”.¹⁴ La Ley 26.485 amplía esta descripción en cuanto a la violencia sufrida por la mujer en este contexto, extendiéndose más

¹⁴ Medina, Graciela (2007) , “*Violencia de Género y violencia doméstica*”, pág. 291

allá del parentesco por consanguinidad o afinidad, incluyendo las uniones de hecho y relaciones de pareja vigentes o finalizadas, sin que la convivencia sea un requisito.¹⁵

El ordenamiento jurídico penal argentino no ha quedado al margen. Consecuencia de ello, al menos a lo que a derecho penal se refiere, el dictado en el año 2012 de la Ley 26.791 agrega el inciso 11° al artículo 80 del Código Penal, creando la figura del femicidio, a la vez de nuevos agravantes al delito de homicidio en diversos casos cuando mediare violencia de género, y que se extiende a los tipos delictivos de lesiones por imperio del artículo 92 del digesto penal. Si bien utiliza el vocablo, dicha reforma omite dar un concepto del término “violencia de género”, ni facilita herramientas para poder llegar al mismo con la precisión adecuada.

Buompadre (2013b), considera que para integrar dicho concepto, se debe recurrir a otras normas a fin de integrar el tipo penal del femicidio. Para ello se debe acudir a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Belém do Pará"- 3 y la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales.

3.2.-Su alcance a los términos de los instrumentos internacionales. Derecho comparado.

Previo a llegar a la recepción de la violencia de género en el sistema interamericano, resulta útil resaltar a la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, conocida por sus siglas en inglés como CEDAW, adoptada en 1.979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y que forma parte de nuestra Constitución Nacional mediante su inclusión en su artículo 79 inciso 22, la que entiende a la discriminación contra la mujer como:

“(…)toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”¹⁶

El Comité de la CEDAW, en su recomendación N° 19 considera que tal definición incluye la violencia basada en el género (*gender based violence*), es decir, la violencia

¹⁵ Ley 26.485, artículo 6, inciso a)

¹⁶ Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, artículo 1°

dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada, la que incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.¹⁷

Siguiendo un orden cronológico, y acudiendo a la normativa regional, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en su artículo primero reza: "Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado."¹⁸ , destacando en su preámbulo que tal violencia es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

En su artículo 7 dispone la Convención citada que los Estados signatarios condenan todas las formas de violencia contra la mujer, debiendo adoptar por todos los medios apropiados "políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia". Describe las obligaciones de los mismos de actuar con la debida diligencia para la prevención, investigación y sanción de los hechos de violencia de género en su inciso b, mientras que en su inciso f consagra el derecho de la mujer a un debido acceso a la justicia, debiéndose establecer "procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos".

Dicho instrumento internacional adopta como nuevo paradigma de los derechos humanos que lo privado es público, imponiendo a los Estados el deber de prevenir, erradicar y sancionar los hechos de violencia en la vida de las mujeres, tanto en las esferas públicas como en las esferas privadas (Mejía Guerrero, 2012). Así, dicha convención entiende que la violencia de género incluye la violencia física, sexual y psicológica, que se desarrolla dentro del ambiente familiar o doméstico "o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual"¹⁹

El primer caso tratado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre violencia de género fue la causa "Penal Miguel Castro vs Peru", donde se investigó y

¹⁷ Recomendación N° 19 del Comité de la CEDAW, 6.

¹⁸ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, aprobada por Ley 24.632

¹⁹ Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, artículo 2 a)

comprobó que la población femenina del penal fue afectada por actos de violencia en forma diferente a sus pares masculinos, incluso que algunos fueron dirigidos especialmente a ellas y otros les afectaron en mayor proporción. Ello llevó a que el prestigioso tribunal enmarcara lo ocurrido dentro de los aspectos específicos de violencia contra la mujer, los que relata con lo garantizado por el artículo 5 del Pacto de San José de Costa Rica (derecho al trato humano) y fijó sus alcances como referencia de interpretación la Convención Belém do Pará y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entendiendo que tales instrumentos “complementan el corpus juris internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana”.²⁰

3.3.-Aclarando conceptos: violencia contra la mujer, violencia de género y violencia familiar.

Conforme se desprende tanto de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer como de la Ley N° 26.485, ambas normativas tienen como objetivo proteger los derechos de las mujeres, y solamente el instrumento interamericano hace expresa referencia a la palabra “género”, cuando circunscribe su concepción de violencia contra la mujer a aquella violencia que se emplea “basada en su género”, mientras que la norma argentina la identifica con la idea de la relación desigual de poder, por ende para que exista violencia de género, al menos hablando dentro del marco del derecho penal, se requiere que la violencia además de haber sido dirigida contra una mujer, requiere que se haya desarrollado en un contexto de discriminación, y de dominio del hombre sobre el sexo femenino (Buompadre, 2013b).

La gran cantidad y diversidad de estas recientes normas, junto a la difusión de la problemática por diferentes medios de comunicación ha llevado a que los términos “violencia de género” y “violencia contra la mujer” sean utilizados de modo indistinto, a pesar de que existe una marcada y fundamental diferencia: la violencia de género tiene un componente subjetivo, misógino, la causa del daño es la condición de mujer de la víctima. Por ello, no cualquier ejercicio de violencia contra una mujer es violencia de género, esta última, nos dice Maqueda se ejerce en un contexto de relaciones de poder asimétricas, desiguales entre el hombre agresor y la mujer víctima, existe una relación de subordinación que es consecuencia

²⁰ CIDH, “Caso del Penal Miguel Castro vs Perú”, párrafo 276.

de una situación histórica de discriminación, originada en la naturaleza patriarcal de la sociedad (Maqueda, 2006).

Lo expuesto lleva a comprender que la violencia de género se enmarca en una relación asimétrica de poder, en la que el varón se impone por sobre la mujer, y así puede tomarse como punto de partida donde pueden visualizarse otras especies de violencia en los diferentes ámbitos donde la mujer desarrolle sus actividades (Morel Quirno, 2016). Entre ellas la más recurrente, es la violencia familiar, la cual se centra en la propia sede del hogar, pero además de la mujer comprende a ancianos, niñas, niños y adolescentes, es decir otros grupos de personas vulnerables. Por ende como en un acto de violencia el autor sea hombre y la víctima mujer no necesariamente configure violencia de género, la violencia familiar tampoco necesariamente va a calificar como tal.

Parte de esta confusión terminológica se puede entender en palabras de Bloch (2014), quien pone de relieve la situación de los legisladores que recurren a la visión de género como reacción ante los casos de violencia familiar. Coincide con Larrauri (2007) en que factor género en el caso de episodios dentro de la pareja no es necesariamente el factor explicativo de la violencia contra las mujeres en el entorno familiar, como así también que emplear el término violencia doméstica corre el riesgo de minimizar el hecho de que la mayor parte de las víctimas en estos conflictos son mujeres. No es adecuada una versión reduccionista hacia el género en el ámbito familiar.

En tal sentido, el Tribunal Superior de Córdoba tiene dicho que en los hechos donde se configura conjuntamente violencia doméstica y de género, “el varón aparece ejerciendo todo su poder en relación a una víctima mujer a la que intimida y trata con violencia en virtud de la relación vital en que se halla”²¹, siendo el tiempo de victimización, es de decir la reiteración de los comportamientos agresivos, una de las particularidades para que coincidan dichas formas de violencia en el mismo hecho.

En los hechos que dan cuenta de un contexto de violencia de género dentro del ámbito familiar se observa que el varón ejerce todo su poder en relación a una víctima que convive con él, dentro o fuera del hogar, con la que tiene o tuvo una relación íntima y que por otra parte es mujer, a la que intimida y trata con violencia, es decir se requiere que esa subordinación entre sexos que impone el agresor le impida o dificulte a la víctima vivir

²¹ TSJ. Cba., Sala Penal "*Trucco, Sergio Daniel p.s.a. amenazas*" 15/04/2016

libremente.²² En cambio no configura un supuesto de violencia de género un abuso del derecho de corrección de un padre a su hija, no basado en la calidad de mujer de la víctima, sino fruto de un enojo por su rendimiento en la escuela²³.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Opuz vs. Turquía*, enumera características a fin de evaluar los casos concretos de violencia doméstica, como lo es la probabilidad en la reiteración. También se encuentran: la seriedad de la ofensa, si los daños padecidos son físicos o psicológicos, si se utilizó un arma, la existencia de amenazas posteriores a la agresión, si ésta había sido planificada, la posibilidad de que el acusado vuelva a atacar, la amenaza constante a la salud y la seguridad de la víctima o de cualquier otra persona vinculada, el estado actual de la relación de la víctima con su agresor, los antecedentes criminales del imputado, en especial la existencia de casos previos de violencia, entre otros²⁴, es decir hay una sistematicidad que se presenta en estos tipos de casos, en los que además puede existir a su vez un contexto de violencia de género.

Delimitado así el alcance de cada término, Buompadre explica que para el derecho penal en un hecho ilícito se considere haya sido cometido mediando violencia de género, tiene que haber ocurrido en un contexto basado en una relación desigual de poder entre el agresor hombre y la víctima mujer “que permite inferir la existencia de una relación especial entre el hombre y la mujer, que se caracteriza, precisamente, no por tratarse de una mera relación esporádica, ocasional o pasajera de maltrato que presupone una forma de violencia ejercida de manera individual, sino por una relación continuada, permanente, de hostilidad hacia la mujer, lo cual puede ser posible no sólo en un ámbito relacional de pareja, formal o informal o de convivencia familiar, sino también en otros ámbitos y situaciones” (Buompadre, 2013b, acápite III, primer párrafo).

Por lo tanto no toda violencia ejercida contra una mujer necesariamente va a configurar un caso donde exista violencia de género. Así también lo ha entendido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "*Perozo vs Venezuela*", donde entendió que para que se configure violencia de género la misma tiene que existir como motivo o finalidad, la agresión sufrida por la mujer víctima debe tener al menos alguna connotación basada en su género. La claridad conceptual de la Corte no deja lugar a dudas: "no toda violación de un

²² TSJ, Cba, Sala Penal "*F., J. G. s/ p.s.a amenazas*", 18/03/2015

²³ Cam. Nac. Casa. Crim y Corr., Sala II, "*M. S., F. J. s/ lesiones leves agravadas por el vínculo*", 24/11/2015

²⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso "*Opuz vs. Turquía*", sentencia del 9 de junio de 2009, párr. 138 y 139

derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará."²⁵

²⁵ Corte IDH, "*Caso Perozo y otros vs. Venezuela; Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones Costas*" Sentencia del 28/01/2009, párrafo 295

Capítulo 4: La probation en la jurisprudencia actual.

4.1.-Reseña de fallos que la deniegan citando la Convención Belém Do Pará

“Góngora” marcó sin dudas un punto de inflexión, tal cual como pasó con “Acosta”, unificó criterios en el resto de los tribunales del país, los que se encolumnaron detrás de lo allí resuelto. Igualmente cabe destacar que existían precedentes previos que denegaban la suspensión del juicio a prueba en casos de violencia de género, ya que lo contrario “implicaría afectar las obligaciones de prevenir, investigar y sancionar”²⁶ tales hechos, obligación internacional contraída por el Estado Argentino al suscribir la Convención Belém Do Para.

Hecha tal salvedad, poco tiempo luego de la resolución de la Corte en "Góngora", la Suprema Corte de Justicia de Mendoza siguió tales lineamientos, y citando dicho caso rechazó la aplicación de la suspensión del juicio a prueba en un hecho calificado de lesiones leves dolosas, donde tampoco existió conformidad del Ministerio Público Fiscal para su otorgamiento²⁷. Un elemento importador a destacar del análisis realizado por el tribunal mendocino, fue que ponderó la situación de desequilibrio existente en el acceso a la justicia que tuvieron las partes, ya que el imputado en todo momento contó con asistencia letrada, distinto del caso de su ex pareja, la denunciante, quien hace tiempo venía sufriendo una situación de maltrato y se encontraba de esta manera en una clara situación de desigualdad.

No solo se contenta con el argumento central dado por el supremo tribunal nacional de que deben resolverse en juicio oral las causas donde se configure un hecho delictivo cometido en un marco de violencia de género, sino que a fin de dar una respuesta clara al caso concreto, se destaca la marcada situación de desigualdad entre víctima y victimario, no solo en el suceso ocurrido entre ellos, sino desde el punto de vista institucional del Estado en sus obligaciones de dar respuesta no solo en la necesidad de realizar un proceso que llegue a su fin por la vía del debate, sino también por el acceso a la justicia que debe brindar a la mujer víctima.

La Cámara Nacional de Casación Penal a través de sus diversas salas, ha dictado una muy rica variedad de fallos en donde confrontan la *probation* frente a las obligaciones internacionales contraídas por Argentina. Ya en el año 2010, la Sala II en el fallo “Calle

²⁶ TSJ Cba, Sala Penal “Guzman, Juan Alejandro”, 31/08/2011

²⁷ SCJ Mza “Muñoz, Héctor Germán por Lesiones leves dolosas...”, 15/10/2013, L.A. 299, fs. 229

Aliaga”, en un voto liderado por el Dr. W. Gustavo Mitchell se justificó la denegatoria al otorgamiento de dicho instituto fundado en el hecho que constituiría una infracción a los deberes impuestos por el artículo 7 en sus incisos b) y f) de la Convención Belém Do Pará, que condena todas las formas de violencia contra la mujer. Considerando así a la suspensión de juicio a prueba “inconciliable con el deber que tiene el estado de investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer, y de sancionar a sus responsables en un juicio con las debidas garantías.”²⁸

Al respecto de la aplicación de la “doctrina Góngora”, la Sala IV (que otorgó la *probation* en dicha causa previo a ser revocada), pocos meses luego del fallo de la Corte, citando la interpretación allí dada al artículo 7 de la Convención Belém Do Pará respecto a la necesidad de establecer un procedimiento justo para la mujer que implique un juicio oportuno, entendió en virtud de que debe ser atendida la jurisprudencia del supremo tribunal, que la aplicación de dicha doctrina “impone considerar que la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral es improcedente.”²⁹

Por su parte, la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal en un pronunciamiento del 16/04/2014³⁰ revocó el otorgamiento de la *probation* por parte de un Juzgado en lo Correccional donde existió dictamen previo por su rechazo de parte de la fiscalía. Sin detenerse en el tratamiento de la vinculatoriedad o no del consentimiento del Ministerio Público Fiscal, el voto de la Doctora Figueroa valora y destaca los fundamentos dados por la parte acusadora al dictaminar contra el otorgamiento del beneficio, expresando:

"En tal dirección, se observa que la oposición del fiscal a la suspensión del proceso procedimiento a prueba respecto de A. M. G. resulta suficientemente fundada y motivada en razones de política criminal referidas al hecho imputado y su encuadramiento "dentro del marco de perspectiva de género", refiriendo que la aclaración del hecho histórico ocurrido en el año 2010 es uno de los objetivos del proceso penal, adicionando las obligaciones asumidas por el Estado Argentino a través de la suscripción de diversos tratados internacionales a fin de erradicar la violencia contra la mujer y remarcando que el suceso habría ocurrido en el seno de un matrimonio vigente, con niños menores de edad que lo habrían presenciado."

²⁸ CNCP Sala II, “Calle Aliaga”, 30/11/2010, voto del Dr. Michel, acápite III, tercer párrafo

²⁹ CNCP, Sala IV, “R., M. F. s/recurso de casación”, 20/08/2013, voto del Dr. Hornos, acápite III, sexto párrafo

³⁰ CFPC Sala I “G., A.M. s/lesiones agravadas...”, 16/04/2014, La Ley, cita online: AR/JUR/20778/2014

También el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de un análisis integral y evitando caer en simplificaciones dogmáticas, revocó el otorgamiento de una *probation* en un caso de violencia de género basada en razones económicas³¹. Pero para ello, no solo fue fundada la resolución en la doctrina sentada por la Corte en "Góngora", sino que evaluó el rechazo expreso realizado por la querrela a la reparación ofrecida y la oposición formulada por el Ministerio Público Fiscal para la concesión del instituto.

Otra cita a lo resuelto en "Góngora" la podemos encontrar en la jurisprudencia de la Corte de Justicia de la Provincia de Salta. A pesar de que entienden que la suspensión del juicio a prueba es un beneficio del imputado, en el caso debe ser denegada, conforme al carácter de los hechos, ya que una de las víctimas de lesiones fue una niña menor de 13 años de edad, y no solo hay que atender al mandato de la Convención Belém Do Pará, el que entienden conforme la interpretación dada por la corte federal del deber de celebrar el debate oral en casos de violencia de género, sino que a su vez resulta imperante por el interés superior del niño.³²

Esa breve reseña de algunos fallos de destacados tribunales demuestra que el argumento dado por la Corte en Góngora marca un precedente importante, pero no se encierran a un mero análisis dogmático de la opinión allí vertida para fundar su posición, evitando tomar en consideración todas las variables que pueda presentar cada hecho en concreto. Tampoco se limitan simplemente a destacar la falta de oposición de la acusación, sino que analizan las razones político-criminales de sus argumentos y la relación de la misma con el delito cometido. Pero ello no puede ser dicho en todos los casos.

Un ejemplo de ello podemos encontrarlo en la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán. Un primer pronunciamiento de fecha 27 de noviembre de 2013³³, confirma la denegatoria a una suspensión del juicio a prueba, y otro posterior de fecha 19 de mayo de 2014³⁴ donde se revoca el otorgamiento de dicho beneficio. Ambos fallos tienen en común que consideran que conforme la interpretación dada en "Góngora" a la Convención Belém Do Pará, resultan improcedentes la adopción de alternativas distintas a la definición de cada caso en la instancia del debate oral. Asimismo hacen referencia a las recomendaciones

³¹ T.S.J. CABA " S., M. s/ infr. art. (s). 1, LN n° 13.944 (incumplimiento de los deberes de asistencia familiar) p/L2303" 02/09/2015

³² C.J.P. Salta, "Ch., M. E. s/ incidente de suspensión del juicio a prueba - recurso de casación", 02/12/2014

³³ C.S.J. Tucumán "G.L.A.", 27/11/2013

³⁴ C.S.J. Tucumán "B., L. R. s/ amenazas de muerte y desobediencia judicial", 19/05/2014

expresadas en el documento sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que entiende que la *probation* supone una cierta conciliación entre la víctima y su agresor, pero en ningún momento contrastan tal conclusión con la estructura que posee la figura en nuestro derecho. Es decir, sin una clara valoración de las circunstancias particulares de cada caso, y luego de largas citas del documento interamericano referido y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se consideró que la suspensión del juicio a prueba no procede en casos de violencia contra la mujer.

Otro caso similar se puede encontrar en un fallo del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro³⁵. A un caso de un tocamiento de los glúteos de una mujer en la vía pública, calificado de abuso sexual simple, lo consideró como de violencia contra la mujer realizado en razón del género de la víctima, y por haber sido realizado en horas del día se manifiesta una relación de poder desigual a favor del agresor. Tan solo ese argumento sirvió para confirmar la denegatoria de la instancia anterior y encuadrarlo en uno de los supuestos de violencia de género que a tenor de la Convención Belém do Pará y por ende la Cámara que denegó la suspensión del juicio a prueba se ajusta al criterio de lo resuelto por la corte federal en “Góngora”.

4.2.-La postura de la denominada tesis de la contradicción insalvable.

Esta tesis, la que se deriva de los argumentos utilizados por los fallos analizados precedentemente, pregona que la suspensión del juicio a prueba es inconciliable con las obligaciones asumidas por Argentina al suscribir la Convención Belém Do Pará, la que ordena que es un deber del estado investigar, esclarecer los hechos de violencia contra la mujer y sancionar a sus responsables con un juicio con las debidas garantías, ello en tanto la *probation* obsta a la efectiva investigación y persecución de los hechos que constituirían un delito.

La doctrina que se enrola en dicha postura para negar de forma categórica la concesión de la *probation* en casos de violencia de género (extendiendo dicho concepto a la violencia doméstica) entiende que la misma implica una cierta conciliación entre agresor y su víctima mujer, la cual se encuentra atrapada en un círculo vicioso. El perfil del agresor juega un rol fundamental, ya que tiende a minimizar o negar su comportamiento violento, culpa a

³⁵ T.S.J. Prov. Río Negro “D.A. P., F. J. s/ abuso sexual simple queja” 21/10/2015

otras personas, busca en todo tiempo controlar la situación a través del maltrato físico, el abuso al que somete a su víctima incluye una serie de conductas para la coerción y control, contaminando así la voluntad de ésta última, impidiéndole desenvolverse libremente (Companys, 2013).

Es por ello que entienden los seguidores de esta tesis que otorgar la suspensión del juicio a prueba solo logra que ese círculo vicioso no se cierre, la que otorga al agresor una suerte de nueva oportunidad de continuar con su comportamiento abusivo, ya que la misma víctima puede no estar en condiciones de dar un consentimiento por encontrarse sometida a la voluntad del hombre abusivo. Deza (2013) pone de relieve que la doctrina que respalda esta tesis, entiende que los cuestionamientos a esta postura lo único que hacen es excluir la discusión sobre el tipo de política criminal que necesita la sociedad. La autora reseñada legitima esa postura en base a la desigualdad estructural histórica que transforma a las mujeres en víctimas endémicas de violencia, y por ello considera que el debate oral es indispensable para garantizar la igualdad en el acceso a la justicia.

Por su parte, la doctrina crítica de esta tesis advierte que uno de los problemas que depara su aplicación es que “se dota de absoluta generalidad a la posición restrictiva de la suspensión del juicio a prueba (...) si el caso constituye un hecho de violencia contra la mujer, no cabe hacer distinciones de gravedad (...)” (Bovino, Rovatti, Lopardo, 2013, p.194), transformándose en un dogma que impide el análisis adecuado que merece la solución de cada caso en concreto. Así se impide la valoración de la totalidad de la prueba a fin de analizar el grado de gravedad que reviste el hecho concreto, y que da como resultado para cada caso en el que *prima facie* exista un contexto de violencia de género presunto sea llevado a juicio oral sin mucho más trámite, idea que si bien en principio puede sonar como un avance para evitar la impunidad, puede traer graves riesgos al sistema penal.

La onda expansiva provocada por la doctrina sentada en Góngora, que presenta argumentos vinculados a la tesis de la contradicción insalvable, no solo repercutió en las decisiones de los tribunales inferiores, sino ayudó a demarcar un camino en un momento de gran agitación social, ya que “¿qué tribunal está en condiciones de asegurar que un hecho presuntamente delictivo que pueda enmarcarse como violencia de género no volverá a repetirse más allá de que al imputado se le otorgue la suspensión del proceso a prueba y de que se le imponga el cumplimiento de reglas de conducta que a priori se presenten como razonables?” (Morosi, 2016, apartado III, primer párrafo). En una primera aproximación,

aplicar esta teoría otorgaría una suerte de seguridad tanto a los fiscales como a los tribunales de que cada hecho va a ser debidamente juzgado y por ende sancionado en caso de encontrarse culpable al agresor, pero se olvida de a su vez de responder cuestiones fundamentales ¿el sistema penal puede realmente resolver cada caso denunciado? ¿debe ser llevada a la justicia penal cada denuncia de una mujer hacia un hombre? ¿todas las condenas brindan la solución adecuada a casos que bordean el ilícito, pero cuyas consecuencias se extienden a otras ramas del derecho?.

4.3.-Reseña de fallos y doctrina que disiente con la “doctrina Góngora”.

Así como la Cámara Federal de Casación Penal adoptó la doctrina sentada en "Góngora", como fue previamente expuesto en este capítulo, la Sala II de dicho tribunal dio uno de los primeros argumentos donde se demuestra como la decisión de la Corte no debe ser aplicada ciegamente. En el fallo "R.E. s/ rec. de casación" del 07/07/2014³⁶, donde se resolvió el pedido del otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba para un hecho calificado como abuso sexual, la Dra. Ledesma, en su voto, analizó que no solo existió consentimiento del Ministerio Público Fiscal para el otorgamiento del beneficio, sino que la víctima expresamente manifestó su conformidad más allá de aceptar la reparación ofrecida por la defensa, dejando en claro que: "los magistrados deben priorizar la utilización de institutos alternativos que favorezcan la solución del conflicto en tutela de su interés. Y en igual sentido, adoptar medidas que resguarden a la víctima mediante instituciones que la apoyen para enfrentar la situación planteada.", fundando también su argumentación en la interpretación amplia dada al artículo 76 del Código Penal en el fallo "Acosta".

Justamente, lo que busca la Convención Belém Do Pará es establecer procedimientos justos para la víctima y su acceso a la justicia, el Estado no puede ni debe sin argumento alguno suplantar su libre consentimiento. Si la mujer expresa libremente su consentimiento, opta por una solución pacífica que resuelva su conflicto, y a su vez se concientice al imputado no solo del carácter de su conducta ilícita sino de la necesidad de un cambio, es de difícil comprensión como ello puede ser una forma de impunidad.

La concepción de que la suspensión del procedimiento a prueba no implica ni una forma de impunidad, ni una suerte de conciliación entre las partes fue aplicada por la Cámara

³⁶ CFCP Sala II "R.E. s/rec. de casación", 07/07/2014

de Apelaciones en lo Criminal de Neuquén³⁷, en el caso "Rodríguez, Saul Omar S/desobediencia a una orden judicial y retención indebida" del 20 de marzo de 2013. Sostuvo el tribunal que el instituto de la *probation* no suspende la investigación, sino solamente el proceso de juzgamiento, y el estado tiene la facultad de imponer las pautas de conducta que considere necesarias para evitar que el imputado recaiga en las conductas que lo llevan a ser juzgado. Lo que lo hace entender que la suspensión del procedimiento a prueba no es óbice de la obligación de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer. El fallo criticó duramente la denegatoria resuelta por la instancia anterior al otorgamiento de la suspensión del juico respecto del delito de desobediencia a una orden judicial, ya que el imputado hizo un razonable ofrecimiento como fue el de mantener la terapia familiar que se encontraba ya realizando, lo que fue aceptado por la víctima.

Bagnasco (2014) en su comentario al fallo reseñado en el párrafo precedente, realiza una interesante interpretación al respecto de que el abordaje realizado en un caso donde se presume la existencia de violencia de género permite convocar a la mujer, conforme a lo dispuesto en el inciso f del artículo 7 de la Convención Belém Do Para. No olvida el posible problema que implica que el consentimiento de la víctima se encuentre viciado por el vínculo que pueda estar todavía manteniendo con el agresor, sobre todo si se encuentra inmersa en una relación de sometimiento. En el caso tratado, el Ministerio Fiscal para prestar su conformidad no sólo se basó en el consentimiento de la víctima, sino en que la misma contó con adecuado asesoramiento técnico.

En el mismo sentido se expresa Turano (2016), quien recalca la importancia de realizar un análisis del caso haciendo uso de todas las herramientas procesales adecuadas como son la declaración de la víctima, los informes de riesgo elaborados por profesionales, los testimonios que sirvan para describir el contexto de cada situación para así efectuar el lograr un encuadre que vaya más allá de lo meramente dogmático. El tema del consentimiento de la víctima es delicado, lo que obliga a analizar al juzgador si la misma presta su conformidad en forma libre, o su consentimiento se encuentra viciado, para lo cual deberá valerse de informes psiquiátricos, encuestas ambientales, entre otros medios probatorios de los que pueda desprenderse acerca de su vulnerabilidad o que manifieste el Síndrome de Indefensión Aprendida (Pablovsky, 2013).

³⁷ Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Neuquén, "Rodríguez, Saul Omar S/desobediencia a una orden judicial y retención indebida", 20/03/2013.

Dicho criterio no solo es destacable sino que se adecúa a lo prescripto por todos los instrumentos que legislan sobre la protección de la mujer, ya que siempre remite a la valoración de caso en concreto, donde se extremen los recaudos para garantizar que la voluntad de consentir o no la propuesta es realmente libre en su manifestación, y así no solo protege a la mujer, sino que toma en consideración su voluntad. Por el contrario, negarle ello a la mujer bajo la excusa de su protección, lo único que logra es llevarla a su silenciamiento y vulnera su derecho a ser oída en el proceso, profundizando así la situación de violencia sufrida, pero por parte del Estado.

En coincidencia con la línea expuesta, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, en el fallo "Riquelme"³⁸ revocó un pronunciamiento donde se denegó el otorgamiento de una *probation* en un hecho marcado por la violencia doméstica, pese a que tuvo en la instancia previa dictamen fiscal favorable. La crítica que realiza la cámara se centra en dos puntos claves, el primero, fue que el Tribunal omitió analizar y valorar el dictamen del Ministerio Público, y el segundo, que sólo se fundó en una interpretación dogmática de "Góngora".

Al respecto de lo último, destaca el voto liderante la cautela que debe observarse cuando se quiere extraer de un fallo conclusiones generales, ya que las sentencias resuelven casos concretos, y por ende la función de un tribunal no es resolver cuestiones teóricas solamente y las soluciones van a depender de los hechos que motivan el caso. Prosiguiendo con esa línea argumental, la Cámara explica que *"que las sentencias no puedan interpretarse como leyes, abstrayéndolas de las específicas circunstancias que motivaron el pronunciamiento. Además, para arriesgar la formulación de una regla o principio general deben acumularse una serie de casos análogos resueltos del mismo modo"*. En resumen, no se pueden asumir criterios absolutos en casos problemáticos donde se investiguen hipótesis de hechos cometidos con violencia contra las mujeres.

La resolución reseñada sigue las ideas de Maciel (2014), quien actuó en ese caso como defensor oficial, quien considera que la Convención de Belém do Pará no exige que todo supuesto de violencia de género reciba una pena privativa de libertad, luego de la realización del debido proceso exigido por el artículo 7 inciso f dentro de su fórmula de prevenir, investigar y sancionar la violencia de género. Concluye con muy buen juicio el Tribunal que:

³⁸ C.N.C.C.yC., "Riquelme, Jorge Gustavo s/Amenazas", 22/04/2015

"Por lo tanto, en cada caso concreto se debe analizar si la suspensión del juicio a prueba puede ser una alternativa, sin establecer un patrón general y absoluto, que implique denegarla o concederla de manera automática. Entre las diversas pautas de valoración, pueden considerarse: la gravedad del delito, la índole de los daños padecidos (físicos o psicológicos), el empleo de armas, la existencia de amenazas posteriores, si la agresión había sido planificada, la probabilidad de reiteración."³⁹

Los lineamientos de ese fallo fueron seguidos por el Tribunal Oral N° 4 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el reciente caso "S.P.G.A.", en un fallo dividido, la mayoría optó por conceder la suspensión del juicio a prueba en un hecho de lesiones leves y amenazas cometidas contra la concubina, a pesar de existir dictamen fiscal en su contra. En su extenso y detallado voto, la Dra. Bloch (por la mayoría), argumenta que no resulta vinculante la oposición formulada por la acusación, ya que en tanto la opinión fiscal "no atendió al doble orden de razones en los que la ley sustenta a la suspensión del juicio a prueba, esto es, la relativa levedad del hecho ilícito atribuido y circunstancias que permitan conjeturar que el imputado mantendrá un comportamiento adecuado a derecho (...)",⁴⁰ ya que solamente se limitó a fundar el rechazo entendiendo que la oposición de la víctima, conforme lo resuelto en "Góngora" reivindica su derecho a la pretensión punitiva.

La magistrada explica que la diferencia que existe con el caso tratado por la Corte Federal, fue que allí si se habían basado en la particularidad del hecho sometido a juicio. La importancia de la negativa de una víctima debe valorarse en términos de una situación de actual temor, lo que puede ser relevante "si justamente denota un aspecto no resuelto de prevención especial positiva en relación íntima con el instituto de la suspensión del juicio a prueba, pero no si simplemente como en el caso (...) la presunta damnificada se opone por un aspecto netamente retributivo o vindicativo."⁴¹, destacando que la importancia de que sea escuchada la mujer víctima, es que la exposición de su situación sea tenida en cuenta y analizada a la hora de la imposición de reglas coercitivas acordes.

³⁹ CNCCYC, "*Riquelme, Jorge Gustavo s/Amenazas*", 22/04/2015

⁴⁰ T.O.C. N° 4 CABA, "*S. P., G. A.*", 06/07/2016, voto de la Dra. Bloch, punto a), octavo párrafo

⁴¹ T.O.C. N° 4 CABA, "*S. P., G. A.*", 06/07/2016, voto de la Dra. Bloch, punto b), décimo quinto párrafo

A su vez, rechaza categóricamente que el instituto de la suspensión del juicio implique una negociación, a diferencia de lo que sucede en la conciliación o el avenimiento. Recuerda que tanto la mediación como la conciliación se encuentran prohibidas por el artículo 28 de la Ley 26.485, y el avenimiento ha sido derogado en nuestro país. En virtud de ello, coincide su postura con la doctrina que le asigna carácter de coercitivo a las reglas de conducta que se impongan al imputado, ya que la *probation* no es consecuencia de una negociación, sino que debe ser otorgada por un tribunal luego de analizar si concurren las causas legales para su procedencia.

Similares argumentos, conforme a ésta línea analizada de fallos que no se cierran a un análisis dogmático de “Góngora” pueden observarse en la causa “Araya”, resuelta por el Tribunal de Casación Penal de Buenos Aires. Allí se puso de resalto que “los órganos jurisdiccionales no pueden desentenderse del contexto social y particular a la hora de decidir el caso, teniendo especial consideración de las vicisitudes que se presentan por el carácter subsidiario del derecho penal, el cual debe ser aplicado como “*ultima ratio*”⁴². Para llegar a dicha conclusión el Tribunal hizo hincapié en el hecho fundamental que el imputado y la víctima retomaron la convivencia, prueba a la cual no se llegó solamente a través de sus dichos, sino que fue contrastado con un informe social realizado, del que se desprende que incluso la denunciante ignoraba que la causa seguía su trámite.

El Tribunal Superior de Justicia de Córdoba en el reciente fallo "Trucco, Sergio Daniel..." introdujo una variable muy importante a tener en consideración, justamente la necesidad de establecer si el hecho investigado configura un caso donde haya un contexto de violencia de género (y doméstica), o se trate de un suceso aislado donde la agresión sufrida por una mujer no presente dichas características.

El voto de la Dra. Tarditti se centra en acotar el concepto de violencia de género, explicar en qué consiste el ciclo de violencia en el que las mujeres se encuentran inmersas cuando existe un contexto de ese tipo de violencia, y una vez determinado todo eso, procede a analizar el marco del hecho juzgado. De esa manera demostró que en el caso sometido a juicio se trató de un hecho aislado de violencia contra una mujer en una relación de pareja, pero que el mismo no superó la sospecha de que se trate de un caso de donde exista violencia de género. Por todo ello, consideró que la Cámara en lo Criminal, Correccional y de

⁴² Trib.Cas.Pen. Prov. Bs.As. “*Araya Braulio*”, 25/08/2016

Acusación de la ciudad de Río Cuarto rechazó incorrectamente la suspensión del juicio a prueba, a pesar de tratarse de un hecho delictivo calificado como amenazas donde existió violencia contra una mujer.

Entre sus definiciones más importantes, señala el fallo reseñado que “la circunstancia que autor y víctima se encuentren vinculados por una relación interpersonal (pareja, ex pareja, noviazgos), presenta la violencia familiar como un *caso sospechoso* de violencia de género⁴³”, por lo que es necesario apelar a la distinción entre la subsunción típica que se le da en el proceso penal a un hecho, que en el caso de la violencia familiar basta con que la víctima integre una relación interpersonal con el agresor conforme el concepto legal. Ello es el presupuesto para poder abordar luego la subsunción convencional, es decir teniendo un hecho de violencia cometido en el ámbito doméstico el paso siguiente es demostrar si el mismo puede ser categorizado también como de violencia de género conforme a los cánones previstos por los instrumentos internacionales.

Fruto de un profundo estudio no solo de los hechos sino de la totalidad de la normativa vigente, el supremo tribunal cordobés explica que del contexto en el que fue cometido el hecho es de donde surgen o no las características de la violencia de género, y conforme a las pruebas que de tal se recolecten, se debe examinar si la relación entre el autor y su víctima puede considerarse como una “vinculación superior/inferior, por la desigualdad real en la que la víctima se encontraba y en la exteriorización de la posición de poder del varón a través de violencia de cualquier clase aunque no se subsuma penalmente.”⁴⁴.

Por ende, debe acreditarse en la investigación con la probabilidad requerida en dicho estadio procesal que el contexto de los hechos puede ser subsumido tanto típica como convencionalmente como sospechoso de violencia de género, la única solución posible es el debate oral en juicio, como el procedimiento legal, justo y eficaz para la mujer víctima de conformidad con la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al artículo 7 inciso f de la Convención Belém Do Pará en “Góngora”. En cambio si concluida la investigación existe duda acerca de la subsunción convencional del hecho, porque no emerge del contexto los rasgos que identifican la violencia de género, por tratarse de un caso aislado que no presente una mayor gravedad, o que la víctima no exhiba indicadores que permitan

⁴³ TSJ. Cba., Sala Penal "*Trucco, Sergio Daniel p.s.a. amenazas*" 15/04/2016, primera cuestión, punto V, acápite B, séptimo párrafo

⁴⁴ TSJ. Cba., Sala Penal "*Trucco, Sergio Daniel p.s.a. amenazas*" 15/04/2016, primera cuestión, punto V, acápite C, quinto párrafo.

comprobar que haya pasado por un pasaje en el ciclo de violencia, las resoluciones alternativas que brinda el derecho penal, como la suspensión del procedimiento a prueba, no deben descartarse.

4.4.- Respuesta a la tesis de la contradicción insalvable.

Conforme a los fallos y opiniones expuestas en el punto anterior, resulta apropiado retomar la discusión de lo resuelto por el supremo tribunal argentino en "Góngora". De seguir como regla absoluta la interpretación dada por la Corte a la Convención Belém Do Pará, cuando dicho instrumento dispone la necesidad de establecer un "procedimiento legal justo y eficaz" para la mujer que incluya un "juicio oportuno"⁴⁵, frente a cualquier caso de violencia de género estaría acotada la vía judicial al dictado de una sentencia condenatoria u absolutoria. Vitale (2014) considera que esa interpretación parte de la versión autoritaria del discurso de género, la que pretende que para los delitos cometidos en un contexto de ese tipo de violencia se vuelva a implementar el ya superado principio de legalidad procesal, el cual recuerda es irrealizable y por ello el legislador incorporó métodos alternativos para la resolución de los conflictos. Incluso, esa visión sesgada, olvida el mandato de igualdad ante la ley y por ende de géneros, y a fin de enfrentar a las viejas concepciones machistas cae en el mismo error que ellas tuvieron y lo enfrenta con un pensamiento con los mismos niveles de autoritarismo y discriminación.

En "Góngora", fueron explicitadas las características de lo que debe comprender un procedimiento legal, justo y eficaz, y a su vez se delimitó el contenido de la voz juicio en el marco de un proceso penal, el que debe entenderse por el debate oral que da como solución una sentencia que defina la eventual condena al imputado. Al respecto a esto, un interesante argumento a considerar, y no tenido en cuenta por la Corte, a la hora de realizar su análisis al artículo 7 f) de la Convención Belém Do Pará, fue acudir a su redacción en los otros idiomas oficiales. En su texto en francés hace uso del concepto "*instructions*" (similar a las instrucciones o investigaciones preparatorias de nuestros ordenamientos rituales) y no "*judgement*" (que sería el equivalente a nuestro juicio oral); y de su versión en inglés usa el vocablo "*hearing*", el cual se adecua a nuestro concepto de audiencia (Kihn, 2015).

Soluciones simplistas como la ofrecida por los seguidores de la tesis de la contradicción insalvable, llevan a pensar que tan solo se impone el pensamiento de la línea de

⁴⁵ Artículo 7 inciso f), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

un feminismo que en palabras de Larrauri (2007) ha caído en la tentación del populismo primitivo convirtiéndose en lo que la autora califica de “feminismo punitivo”. Línea de pensamiento que busca atribuir al derecho penal de una función como instrumento adecuado en la estrategia de proteger, aumentar la igualdad y dar mayor poder a las mujeres.

En respuesta, surgieron diversas voces en la doctrina, y aquellos autores que criticaron tanto la interpretación de la Corte como la postura del feminismo punitivo, quienes se ocuparon de realizar en primer lugar un análisis de qué entienden los instrumentos internacionales, específicamente los interamericanos, al referirse al deber de sancionar. Maciel (2014) explica que la fórmula "prevenir, investigar y sancionar" no es particular de la Convención Belém Do Pará, sino que surge de los primeros fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la misma forma parte de la obligación de garantizar los derechos. De la jurisprudencia del mencionado tribunal internacional puede extraerse claramente su pensamiento de que es factible ante la comisión de conductas ilícitas la imposición de sanciones con medidas no penales, criterio expuesto en el caso "Castillo Petruzzi"⁴⁶.

En el mismo sentido opina Juliano, quien también explica que el mandato de sancionar los delitos cometidos en un contexto de violencia de género no debe ser siempre la obligación de penar. Dicho compromiso debe ser comprendido como la obligación que tiene el estado de crear tipos penales que contemplen las conductas violatorias de lo normado por la Convención Belém Do Pará, independientemente del trámite que tengan los juicios que ya se encuentren en curso, los que a su vez deben en todo momento estar ajustados al debido proceso legal (Juliano, 2011).

La interpretación expuesta no contraría a lo que puede considerarse un derecho penal de mínima intervención que prevea los derechos de las víctimas. Para el contexto actual, caracterizado por el respeto a los derechos humanos, la Convención no establece una regla inflexible que exija la realización de un juicio cuyo único resultado sea la condena (o absolución). Todo lo contrario, contempla expresamente en su artículo 7 inciso g) medios de compensación diferentes al juicio, que en nuestra legislación se identifican con institutos alternativos a la pena privativa de libertad como lo es la suspensión del juicio a prueba. En

⁴⁶ Corte IDH, "Caso Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú"; *Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones Costas*" Sentencia del 30/05/1999 parr.121.

consonancia con esto, la Ley 26.485 (B.O. 14/04/2009) únicamente prohíbe en su artículo 28 *in fine* la realización de audiencias de mediación o conciliación.⁴⁷

Esta misma línea argumental fue trazada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Maria Da Penha Fernandes c. Brasil" donde se investigaba la violación por parte del Estado Brasileño al artículo 7 de la Convención Belém Do Pará, entre otras normas de convenciones interamericanas. La Comisión consideró que se trató de un hecho de violencia doméstica donde resultó víctima una mujer y por ello aplicable el instrumento interamericano mencionado. En sus conclusiones, recomienda al Estado "El establecimiento de formas alternativas a las judiciales, rápidas y efectivas de solución de conflicto intrafamiliar"⁴⁸.

Claramente puede observarse como en un caso de violencia de género dado en un contexto de violencia doméstica, la misma Comisión Interamericana al tratar la violación a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer recomienda para la solución de conflictos de violencia intrafamiliar alternativas a la justicia penal, es decir, está muy lejos de interpretar que la sanción exigida sea únicamente del carácter de una pena privativa de libertad. En virtud de tales argumentos es que:

“Los términos de la Convención Belém Do Pará no deberían ser interpretados como la negación de otros derechos legítimamente reconocidos por el ordenamiento jurídico de un país, más aún si se trata, como nuestro caso, de una legislación que reconoce como fuente las reglas o directrices impartidas por los propios organismos de protección de los derechos humanos.” (Bovino, Rovatti, Lopardo, 2013, p. 208)

Larrauri realiza una aguda crítica a la falta de apertura del sistema penal hacia aquellas mujeres que a pesar de haber sido víctimas de malos tratos no desean aún separarse de sus parejas. Sostiene que la respuesta a éste pedido de la víctima puede ser satisfecho con la opción de suspender la pena e imponer un tratamiento ambulatorio, ya que lo que la mujer está solicitando es ayuda a fin que su agresor cambie. De otro modo, en la medida que el sistema penal solo atiende a la lógica del castigo y descalifique cualquier otro tipo de pedido de la víctima, no debiera extrañar que la mujer concluya que sus pedidos no son escuchados ni solucionados por las autoridades (Larrauri, 2008).

⁴⁷ Ley 26.485, art. 28, último párrafo: "Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación."

⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 54/01 del 16 de abril de 2001, capítulo VIII, punto 4.c)

Lo que debe proporcionar el Estado es un real acceso de la mujer a la justicia, con el fin de la protección de sus derechos, lo que no es lo mismo que la norma interamericana haya creado un derecho subjetivo de las presuntas víctimas a imponer un castigo penal a sus agresores, y así derogar implícitamente los derechos consagrados por la ley interna.⁴⁹ Aparentemente la Corte en “Góngora” solo entendió que el acceso efectivo al proceso de la víctima es en “pos de hacer valer su pretensión sancionatoria”⁵⁰, la que justamente no es compatible con la suspensión del juicio a prueba, pero con dicho razonamiento lo único que se logra es que el estado presuma que la víctima solo está interesada en una condena, cuando para alcanzar el acceso a un proceso justo lo que se debe buscar no es solo enjuiciar a su agresor, sino atender a sus necesidades en la particularidad que demanda cada caso.

Así como recurrir a mecanismos procesales que se responden al denominado “principio de oportunidad”, entre los que se encuentra la suspensión del juicio a prueba, en todos los casos de violencia de género podría dar lugar a la impunidad en algunos casos, la prohibición tajante de otorgar la *probation* puede resultar arbitraria. La prioridad es proteger a la mujer víctima de violencia, por ello la respuesta que otorgue el Estado debe evitar soluciones unitarias simplistas que se alejen de las particularidades de cada caso y puedan empeorar su situación.

La Convención Belém Do Pará no exige que todo supuesto de violencia de género reciba una pena privativa de libertad, la finalidad principal de dicho instrumento es que se adopten las medidas necesarias para garantizar una prevención efectiva, la Convención no avanza sobre los márgenes que tiene cada estado para regular las conductas típicas delictuales. Lo que se busca es llamar la atención sobre la falta de conveniencia en sostener que fruto de las obligaciones impuestas por el citado instrumento, los estados deben sancionar penalmente cada supuesto de violencia de género (Di Corletto, 2013).

La denegación de medidas alternativas a la prisión debe responder a un objetivo legítimo, proporcionado a las circunstancias del caso. Negar su aplicación a priori, en situaciones de escasa gravedad, “no sólo no constituye una mejor respuesta estatal a la situación de la víctima, sino que veda cualquier posibilidad de trabajar en la búsqueda de nuevas y variadas medidas de protección y acompañamiento, y de construir, así, verdaderos esquemas transformadores” (Lopardo Rovatti, 2013, acápite IV, último párrafo).

⁴⁹ Cámara Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, Poder Judicial de Chubut, “Gaiman” 7/8/2012

⁵⁰ CSJN “Góngora”, considerando 7, sexto párrafo

Capítulo 5: La prevención como instrumento fundamental en la lucha contra la violencia de género. El rol de la suspensión del juicio a prueba.

5.1.- El papel del precedente.

Acorde a lo reseñado en el capítulo que trató los diversos fallos que surgieron con posterioridad al pronunciamiento de la corte federal en “Góngora”, se puede observar como punto en común que tanto algunos que denegaron la *probation* como aquellos que la otorgaron, analizaron las circunstancias particulares de cada caso y establecieron si existía –o no– un hecho cometido en un contexto de violencia de género conforme los requisitos de los instrumentos internacionales. Allí las resoluciones que denegaron el otorgamiento del beneficio utilizaron los argumentos de la Corte como uno más dentro de sus fundamentos.

Una gran parte de los casos analizados donde fue otorgada la suspensión del juicio a prueba, coinciden en que no debe tomarse lo resuelto en “Góngora” como única pauta para denegar su aplicación, Maggio precisa que el rechazo a la aplicación del instituto de la suspensión del procedimiento a prueba en casos de violencia de género no debe ser sistemático, una interpretación armónica e integral del marco normativo vigente no debe olvidarse de los derechos de las víctimas conforme son previstos por la Convención Belém Do Pará (Maggio, 2014).

Esa línea de pensamiento fue compartida por el voto de la mayoría del Tribunal Oral en lo Criminal N° 2 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que comprendió que en el caso concreto sometido a juzgamiento existieron circunstancias diferentes a las ocurridas en "Góngora", ya que la víctima y el imputado volvieron a convivir al tiempo de producción de los hechos, y dicha situación no se produjo en un marco de sometimiento sobre la mujer, y por ende, la realización de un debate oral podría llegar significar un nuevo foco de conflicto en la pareja o limitar las posibilidades laborales del causante.⁵¹

Justamente éste último argumento lleva a pensar que de considerarse a "Góngora" como una regla absoluta, y por ende no realizar el estudio debido a cada caso en particular, se pueden llegar a encontrar situaciones donde la interpretación de la normativa dada por la Corte Suprema, arribe a soluciones contrarias a los fines perseguidos por la legislación. Tal

⁵¹ T.O.C. N° 2 CABA, " A., S. V. s/ suspensión del juicio a prueba" 24/06/2013. La Ley 2014-B , 291. Cita online: AR/JUR/100997/2013. Voto del Dr. Larrain.

situación se adecua a lo que Sunstein (1990) denomina paradojas del estado regulatorio⁵², las que describe como estrategias de reglamentación que pueden dar lugar a un resultado contraproducente al fin previsto por la ley. Como hasta ahora se analizó, la fórmula presente en la Convención Belém do Pará es la de "prevenir, sancionar y erradicar", y de considerar que dichos objetivos solo pueden ser satisfechos a través del dictado de una sentencia condenatoria, en algunos llevaría a una gran cantidad de perjuicios que recaerían sobre la situación de la mujer víctima o su contexto.

En este sentido, el ejemplo dado en el caso resuelto por Tribunal Oral en lo Criminal N° 2, reseñado anteriormente, es contundente. El forzar a llegar a un juicio oral a una pareja que ha retomado, no solo en buenos términos la convivencia, sino donde el hombre no sometió a su pareja durante el transcurso de toda la relación, lo único que se puede lograr es revivir un viejo foco de conflicto y frustrar la voluntad de aquellas personas que libremente decidieron darle una nueva oportunidad a su vida en conjunto. Asimismo, conforme el estigma que conlleva un que un antecedente penal, se pueden ver limitadas las posibilidades laborales de quien resultara causante del conflicto, lo que a fin de cuentas podría influir negativamente en la subsistencia económica del grupo familiar.

Dogmatizar la interpretación dada por la Corte en "Góngora", implicaría que en el ordenamiento jurídico argentino en todos los casos penales donde exista violencia contra la mujer se impida al imputado acceder a salidas alternativas al conflicto de menor contenido punitivo, solución que se contrapone a los principios de *ultima ratio* y de presunción de inocencia, en aras de satisfacer el de protección de la víctima. En cambio, la armonización en la aplicación de dichos principios puede construirse a partir de elevar el estándar de aplicación de la *probation*, aumentando su rigurosidad de manera tal que se le otorgue una mayor intervención a la opinión de la víctima. De este modo, ponderando las características de cada caso concreto, se debe buscar priorizar la pacificación del conflicto y evitar la reiteración de episodios violentos entre las partes al momento de fijar las pautas de conducta que deberá cumplir el imputado (Vadalá, 2014). En el mismo sentido se expresa Vitale, quien también propugna la consolidación de un sistema de garantías que permita la creación de diversas de respuestas frente a los fenómenos lesivos en lugar de acrecentar cada vez más el aparato punitivo (Vitale, 2014).

⁵² Sunstein, Cass R. (1990) "*Paradoxes of the Regulatory State*"

De imponerse la interpretación que pregona la teoría de la contradicción insalvable, se llegaría a soluciones irracionales, y derivaría en que una gran cantidad de delitos de menor gravedad, donde son aplicables y útiles vías alternativas de resolución, terminen en la realización de debates orales que el sistema no podría procesar con su estructura y recursos actuales. A su vez la falta de lógica surge también de aquellas situaciones donde la mujer víctima no demuestre interés en la aplicación de una pena, ya que prefiere una solución alternativa, no escuchar su opinión “implicaría una forma indirecta de discriminación contra la mujer, reputada como un mero objeto, incapaz de tomar decisiones por sí misma, a la cual el Estado debe suplir en su voluntad”. (Juliano, 2011, p.15).

El estado no debe suplantar la voluntad de la víctima, sino que debe garantizar que la misma sea dada en forma libre. Justamente, en pos de ello debe ser contrastada con elementos de convicción como los denominados “informes de riesgo” (que en la Oficina de Violencia Doméstica dependiente de la Corte Suprema de Justicia son de carácter interdisciplinario), contrastarla con dichos de testigos y familiares, encuestas ambientales, e incluso exámenes psicológicos realizados tanto a la víctima como su agresor, que permitan mostrar tanto al investigador como al órgano jurisdiccional el estado de la relación entre las personas en conflicto desde un punto de vista objetivo (Morosi, 2016).

5.2.- La función de la *probation* dentro del marco de los postulados de "prevenir, sancionar y erradicar" de la Convención Belém Do Pará.

En relación con lo expuesto, otro argumento indispensable a destacar que involucra al postulado "*prevenir*" de la formulación de la Convención Belém do Pará, es la función de prevención especial positiva que persigue la suspensión del juicio a prueba. El Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba tiene dicho al respecto que "una de las alternativas previstas en el Derecho Penal vigente a fin de lograr una prevención especial positiva sin condena, es el beneficio de la suspensión del juicio a prueba"⁵³, justamente dicho beneficio asigna al derecho penal una función social distinta que va más allá de lo exclusivamente punitivo. La *probation* busca dar con el fin de prevención a través del efecto de resocialización que brindan las reglas de conducta a las que se someta el probado, sin necesidad de tener que llegar al dictado de una sentencia condenatoria. En la misma línea de pensamiento, Vitale remarca que la suspensión del juicio a prueba no es un sistema de impunidad, sino que tiene entre sus objetivos centrales la prevención de delitos, y a su vez,

⁵³ T.S.J.Cba. "G., N. M. p.s.a. robo calificado -Recurso de Casación", Sentencia N° 43, 12/03/2012.

posee condimentos claramente sancionatorios, considerando el autor reseñado que las reglas de conducta que apliquen son penas sin delito (Vitale, 2014).

Es fundamental la creación de mecanismos efectivos no solo para el control de las medidas alternativas a la prisión, elevando su estándar de aplicación, sino para suministrarles a las mujeres víctimas de hechos violentos, la atención, contención e información que necesitan para transitar el arduo camino que implica todo proceso (Vadalá, 2014). Un real acceso a la justicia no debe ceñirse a la realización del juicio oral, la mujer debe ser acompañada durante los diferentes estadios del proceso y facilitarle las respuestas a los interrogantes que surjan respecto a lo que realmente está ocurriendo. Un procedimiento legal y justo para la mujer debe partir de un punto de igualdad, no de un avenimiento. Al respecto de la eficacia que debe presentar ese tipo de proceso para satisfacer los recaudos internacionales, reciente jurisprudencia tiene dicho que:

Como “eficacia” no debe entenderse la posibilidad de ejercer la pretensión punitiva, sino que resultará necesario establecer una comparación con la eficacia que podría proporcionar su contracara, esto es: la realización de un juicio. En ese sentido entre la existencia de imputaciones que hacen posible que luego de celebrado un juicio se imponga una pena en suspenso o que otorgada la suspensión del juicio a prueba pueda imponerse al imputado el cumplimiento de una serie de reglas de conducta, lo que por otro lado, no cierra, sino suspende la posibilidad de un juicio, no parece haber notorias diferencias en materia de eficacia. Ello, a su vez permitiría que el imputado, al igual que lo que sucede en el caso de otros inculcados con imputaciones de similar gravedad, cuente con una alternativa menos estigmatizante. Como ya dijimos, las medidas alternativas “no eximen al supuesto autor de cualquier obligación, ya que conllevan el cumplimiento de medidas coactivas y de reparación.”⁵⁴

El objetivo primordial que persigue la Convención Belém do Pará es la prevención, sanción y erradicación de toda forma de violencia contra la mujer. Esta normativa obliga al Estado argentino al suscribirla, pero no debemos dejar de lado que debe ser interpretada armónicamente con el resto de las disposiciones del sistema de protección de derechos humanos, las que cuestionan la razonabilidad de que todo delito deba necesariamente ser llevado a juicio, como asimismo que la pena sea la única solución aconsejable. Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (conocidas

⁵⁴ T.O.C. N° 4 CABA, “S. P., G. A.”, Voto de la Dra. Bloch, acápite c), séptimo párrafo.

como Reglas de Tokio) han puesto en claro que el sistema penal debe constituir la *última ratio* para la resolución de los conflictos, y por ende deben privilegiarse las reacciones estatales que eviten el juicio y la posibilidad de la prisión (Juliano, 2011).

Finalmente, y respecto al deber de “sancionar” que tiene el estado, tampoco hay que olvidar que “la suspensión del procedimiento trae aparejadas consecuencias de carácter coercitivo, cual el sometimiento a reglas de conducta, realizar un ofrecimiento de la reparación del daño presuntamente causado” (Bovino, 2013, p. 209), negarlo sería igualar el concepto de sanción a condena penal, algo que está muy alejado de los conceptos actuales de política criminal, y de los principios *pro homine* y de *ultima ratio* avalados tanto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, la expresión "sancionar", inserta en una norma de derecho internacional, debería ser interpretada con un alcance amplio: “como privación o restricción de determinados bienes o derechos, bajo amenaza de coacción” (Rovatti y Lopardo, 2013, apartado II, párrafo cuarto).

Coincide Juliano quien también entiende que el vocablo “sancionar” implica la obligación que tiene el Estado de legislar tipos penales que contemplen la punición de las conductas violatorias de lo dispuesto por la Convención con independencia del trámite que se le otorgue a cada juicio, la obligación de sancionar no es lo mismo que castigar con pena cada conducta sin importar su gravedad ni atenerse a la voluntad de la víctima (Juliano, 2013). Esa fue la dirección tomada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Castillo Petruzzi”, al delimitar el alcance del artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (principio de legalidad) entendió que ante la comisión de conductas ilícitas es factible la imposición de medidas de carácter no penal (Guirado 2016).

5.3.-El rol del principio “*pro homine*”

El principio *pro homine* puede ser definido, siguiendo a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como aquel “por el cual, en materia de reconocimiento de derechos, se debe estar a la norma más amplia y a la interpretación más extensiva e, inversamente, a la norma y a la interpretación más restringida en materia de limitación de derechos.”⁵⁵

Este principio, receptado por la Corte Suprema de Justicia en los *leading case* "Acosta" y "Norverto", donde también se postuló al derecho penal como *última ratio* del

⁵⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “*Jorge, José y Dante Peirano Basso c. Uruguay*”, caso 12.553, informe 86/09 del 6 de agosto de 2009, párrafo 75.

ordenamiento jurídico, reviste de una gran importancia para privilegiar la interpretación legal que más derechos otorgue frente al Estado. El objetivo que persigue la aplicación de éstos principios es la aplicación de la norma que de mayor y mejor protección a la persona, aunque tenga que prevalecer sobre otra de incluso superior rango, lo que está en juego es un problema de aplicabilidad e interpretación de distintas fuentes de igual o diferente rango (Henderson, 2004).

En este sentido no puede negarse el derecho que otorga una norma perteneciente a la legislación doméstica, más favorable a una persona imputada, con la excusa de que un tratado internacional indirectamente la hace inaplicable, la aplicación de los derechos debe ser interpretada ampliamente, mientras que las restricciones a ellos deben serlo de la manera opuesta:

Los tratados de derechos humanos, en general, establecen que ninguna de sus disposiciones autoriza a limitar los derechos protegidos en mayor medida que la prevista, al limitar el goce y ejercicio de cualquier otro derecho o libertad que pueda estar reconocido en otra norma internacional o interna en vigor ni a excluir o limitar el efecto que pueden producir las normas consuetudinarias en materia de derechos humanos. (Bovino, 2013, p.118)

De ésta manera se logra armonizar la interpretación de la normativa en su conjunto con el alcance dado por la Corte, como bien pone de resalto Juliano, una convención interamericana no puede anular o modificar las directrices emanadas de un organismo como son las Naciones Unidas. Una comprensión del orden jurídico que ignore el resto de las normas que lo integren es incompleta y peligrosamente parcial. Lo que se debe buscar por los operadores jurídicos es el funcionamiento de las normas en forma armónica (Juliano, 2011).

5.4.- ¿Son las soluciones de carácter punitivo la única respuesta posible frente a cada caso de violencia de género?

En un principio, puede resultar comprensible el rechazo a las soluciones alternativas a la prisión en los casos donde se configure violencia de género, no solo por la gravedad que presentan gran parte de los delitos cometidos en dicho contexto, sino por las dificultades que han existido para que el tema sea visible y discutido por la sociedad. Ello llevó al feminismo, atribuyéndose la representación del colectivo de mujeres históricamente subordinado, a una interpretación reduccionista de la Convención de Belém do Pará en el sentido de que obliga a la investigación y sanción, ya que existe la posibilidad de que las medidas alternativas solo

contribuyan a la desprotección de las mujeres, como bien explica Di Corletto (2013). En coincidencia con dicha autora, y como fue argumentado al asimilar la doctrina “Góngora” a una paradoja del estado regulatorio, la búsqueda de solución a todos estos conflictos en el marco de un derecho penal con una visión de corte punitivo, no está exenta de problemas que incidan en la efectividad de la respuesta al caso.

Elena Larrauri se opone a las críticas que se vierten de un sector del feminismo, que niegan cualquier tipo de sustitución de pena para aquellos agresores en casos de violencia de género y/o violencia doméstica y que solo admiten su tratamiento mediante programas de rehabilitación como accesorios de una condena. Considera dicha autora que el feminismo no puede medirse en función del grado de cuán punitiva se buscar ser. Lo que muestra poco respeto a la autonomía de la mujer surge a partir del desconocimiento, la falta de atención o el rechazo a escuchar lo que muchas mujeres piden cuando acuden a la justicia penal (Larrauri, 2008, p.135).

Al considerarse que la proporcionalidad de una pena no debe compararse con la privación de la libertad, sino con la gravedad del daño causado, nuevamente pueden observarse en las aristas de los movimientos feministas las distintas posiciones, ya que los más radicales solo consideran a la prisión como la única alternativa. En cambio, algunas mujeres ven conveniente los programas de rehabilitación, ya que no quieren dejar la relación con sus parejas, solo buscan el cese de la violencia y que el Estado colabore en ello, muchas veces las mujeres que se encuentran en ésta situación tienen más miedo a la respuesta del sistema penal a la que pueden sentir de su agresor.

La autora citada se centra en diversos estudios de campos para demostrar la eficacia de los tratamientos o programas de rehabilitación que adopten una perspectiva feminista de tipo cognitivo-conductual, mostrando como aquellos hombres que participaron en los mismos presentaron menores índices de reincidencia, a la vez que perspectivas más favorables comparados con otros tipos de pena. Lo que da como conclusión que la participación en dichos programas permite reflejar un cambio en la forma de pensar, lo que genera menor reincidencia.

Tratar a un hombre violento no significa que no va a ser considerado responsable de sus actos, muchas veces presentan limitaciones psicológicas en el control de sus impulsos, como por ejemplo puede ser el alcoholismo. Un tratamiento psicológico puede resultar de utilidad para hacer frente a esas limitaciones, ya que dichas personas no cuentan con las habilidades

necesarias para resolver los problemas de pareja de su vida cotidiana, así puede no solo protegerse a la víctima, sino también mejorar la autoestima del autor del acto violento. Es importante para tratar psicológicamente a un agresor si el mismo asume la responsabilidad de sus acciones y cuenta con una motivación para actuar de manera diferente en un futuro, ya que dichos tratamientos ofrecen resultados aceptables, y lo más importante en la medida que disminuyan los hombres violentos, también lo hará la violencia futura (Echeburúa, Corral, Fernández-Montalvo y Amor, 2004).

Coincide en este aspecto Vitale señalando que en el marco de la suspensión del proceso a prueba el imputado tiene mayor motivación para prestar su conformidad en la terapia, ya que un tratamiento psicológico para lograr su cometido necesita de la conformidad de quien lo realiza, y que a su vez funciona como motivación para su cumplimiento exitoso en el marco de la suspensión del procedimiento a prueba, la que aleja la posibilidad de contar con antecedente penal que resulte estigmatizante (Vitale, 2014).

El sistema internacional de protección de los derechos humanos se integra con normas que se ocupan tanto de víctimas como de los autores de los ilícitos, lo que provoca una tensión lógica al momento de intentar conciliar los intereses de cada parte. Así como la Convención Belém Do Pará tiene con fin último erradicar toda forma de violencia de género, su normativa debe ser interpretada armónicamente con el resto de las disposiciones protectoras de los derechos humanos, las que justamente buscan soluciones alternativas a fin de evitar que cada conducta ilícita sea llevada a juicio, resultando así incompatible que en nombre de los derechos humanos se restrinjan soluciones que los privilegien. Lo que se sostiene es que no hay razón legal para que los conflictos que tengan relación con la violencia de género sean excluidos de los mecanismos tendientes a minimizar las consecuencias del punitivismo, entendiendo al derecho penal en su concepción de herramienta contingente y subsidiaria, dentro del marco de la *ultima ratio* de actuación. (Juliano, 2011).

Es importante destacar que la penalización de las conductas de los agresores no solo no revierte la desigualdad estructural existente en la sociedad, y que es la que se busca combatir a los fines de erradicar la violencia de género, sino a decir de Di Corletto (2013), tampoco uniforma las diferentes variables sociales que cada mujer porta, así la mujer que sufre una desigualdad social estructural, pierde protagonismo frente a los falsos estereotipos de aquellas que son víctimas de violencia. Entre los argumentos que demuestran que la falta de razón en

aquellos que impugnan las soluciones alternativas ante cualquier supuesto de violencia de género encontramos que:

(...)la penalización extrema no ha tenido buenos resultados en todas las latitudes. Las políticas que promueven la persecución penal de oficio en cualquier supuesto tienen consecuencias perjudiciales para muchas mujeres a quienes el sistema se les vuelve en su contra. Como su nombre lo indica, el ciclo de la violencia es un proceso gradual plagado de sentimientos ambivalentes. Una mujer estará en condiciones de denunciar a su agresor cuando logre desnaturalizar la violencia, pero eso no significa que le será fácil confiar en personas extrañas o que transitará el procedimiento sin contradicciones. El abandono de una relación violenta no es un proceso sencillo: sin contar los casos de dependencia emocional, cuando hay hijos en común o cuando la mujer carece de autosuficiencia económica, realizar una denuncia y mantenerla hasta la imposición de una pena privativa de la libertad puede ser especialmente difícil sin una red de contención económica y emocional. De allí que sean frecuentes los supuestos en los que la mujer retira la denuncia o expresa su voluntad de no asistir al juicio, con la consecuente amenaza de una sanción penal por desobediencia o falso testimonio. (Di Corletto, 2013, p.10)

En definitiva, fuera de los casos donde sea comprobado que se trató de un hecho aislado de violencia contra una mujer, el cual no reviste las características que requiere la violencia de género, y por ende el otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba no se encuentra ni siquiera alcanzado por la aplicación de la denominada “doctrina Góngora”, existen supuestos donde la misma puede resultar no solo procedente, sino de utilidad aunque la conducta del agresor se encuadre en dicho marco.

Vitale (2014) sintetiza algunas de las razones explicadas a lo largo de este trabajo por las cuales no debe descartarse la *probation* en conflictos donde exista un contexto de violencia de género. Entre las más relevantes pueden destacarse que el conflicto en muchos casos puede ser resuelto por medio de las condiciones a las que se puede supeditar el otorgamiento del beneficio en cuestión, y más aún cuando es voluntad de la víctima optar por dicha solución. Asimismo no existe normativa internacional expresa que prohíba la aplicación de la suspensión del procedimiento a prueba, instituto que no implica de ninguna manera una conciliación entre partes, ya que las obligaciones impuestas al probado tienen un real contenido coercitivo que funciona como garantía de cumplimiento, lo que aleja la idea de que se trate de una forma de impunidad.

Es necesario evitar caer en dogmas que buscan una respuesta simplista para un conflicto complejo, las soluciones que otorgan un respaldo inmediato de una opinión pública enardecida se alejan de lo que un buen sistema de justicia debe hacer, que es evaluar cada caso en concreto con la diligencia debida a fin de aplicar la solución adecuada a la situación particular. La Corte Interamericana ha sostenido a lo largo de su jurisprudencia que a fin de dirimir las contradicciones entre derechos en pugna deberá ponderarse los intereses en juego a los fines de conciliarlos y, en su caso, determinar cuál de ambos debe prevalecer, de acuerdo a un juicio de proporcionalidad.⁵⁶

Después de todo, no debemos olvidar, en palabras de Roxin, que "la función de las normas penales no debe ser confundida con la finalidad de la pena" (como se cita en Pablovsky, 2013). El derecho penal a lo largo de su evolución ha dejado de ser entendido como un binomio que solo debe buscar la culpabilidad o no de un acusado a un delito a fin de imponer necesariamente una pena, el sistema internacional de derechos humanos no solo busca limitar razonablemente el poder punitivo estatal, sino que también busca con ello dar una solución que se adecue a las circunstancias de cada caso, atendiendo al interés de las víctimas. De seguir con una interpretación sesgada y dogmatizada de lo resuelto por la Corte Suprema de nuestro país en "Góngora", lo único que se logra es un retroceso en las garantías que nuestro ordenamiento jurídico brinda a cada persona, y que de ninguna manera asegura que se ponga a un fin a todas las formas de violencia contra la mujer.

⁵⁶ Corte IDH "*Kimel*" 2/05/2008, Párr. 51

Conclusiones

Una primera observación, quizás superficial, se desprende de una observación del lapso temporal donde se desarrolla el núcleo de la jurisprudencia reseñada en éste trabajo. Así puede advertirse que los primeros fallos judiciales que se basan en la supuesta incompatibilidad de la Convención Belém Do Pará con la Suspensión del Juicio a Prueba son posteriores a la sanción de la Ley N° 26.485, que data del año 2009, y “Góngora” en particular posterior a la introducción de la figura del femicidio en el Código Penal. Ello puede llevar a entender que son consecuencia inmediata de un giro que se ha dado en materia de política criminal en cuanto a los hechos de violencia cometidos contra las mujeres, giro que puede observarse en la actuación de los tres poderes que conforman nuestro sistema republicano de gobierno.

Por consiguiente, se puede inferir que si la citada convención hubiera dispuesto la derogación o prohibición de implementación de medidas alternativas a la prisión como forma de resolución de un conflicto que ha llegado al punto de ser tratado por el sistema de justicia penal, ello hubiera sido advertido al haber sido incorporada la misma a nuestro orden jurídico. Incluso la sanción de la Ley N° 26.485 solo prohibió la aplicación de la mediación y la conciliación para este tipo de conflictos, no haciendo referencia alguna a derogación de normas penales. La misma Convención habla de prevenir, sancionar y erradicar, no de prevenir y erradicar únicamente a través de la sanción, que es como una parte del discurso de un sector del feminismo lo pretende hacer ver. Las normativas internacionales no han derogado ninguna norma local, sino que buscan la adopción de medidas integrales, no solo en materia penal, que permitan llegar a cada estado a cumplir los objetivos delineados.

Es por ello que la interpretación que da la Corte al artículo 7 de la Convención Belém Do Pará en “Góngora”, más que fruto de un estudio particular del sistema internacional de los derechos humanos, responde a un encolumnamiento dentro de una nueva política criminal que muestra un incipiente enfoque de género, fruto de la necesidad de dar una rápida y contundente respuesta a los recientes casos de violencia contra mujeres. No se puede dejar de lado la importancia que trae la discusión que plantea dicha temática en los primeros planos de cada ámbito de la comunidad, pero tampoco debe transformarse el pedido de justicia en una respuesta desmesurada, sino que debe guardar proporcionalidad y razonabilidad.

El deber de actuar con la debida diligencia para los casos de violencia de género obliga al Estado a una profunda investigación, y conforme a los resultados que se desprendan,

debe brindarse una solución acorde a la situación de la víctima, la que no siempre es satisfecha con la condena del hombre agresor, y no solo ateniéndose a los principios enunciados en materia de garantías del sistema internacional de derechos humanos. Sino que afirmar que toda víctima de este específico tipo de violencia tiene necesariamente una “pretensión punitiva”, lo único que logra es mantener una suerte de discriminación hacia la mujer al suplantar el Estado su voluntad, convirtiendo a las medidas para su protección en un paternalismo que no necesariamente logre colocarla en el pedestal de igualdad que merece. No debe entenderse que no condenar en cada caso es lo mismo que garantizar la impunidad.

Dogmatizar la interpretación de “Góngora”, y caer en la tentación de las soluciones reduccionistas que brinda un discurso que puede calificarse digno de un neopunitivismo populista, solo logra aislar una parte del articulado de la Convención Belém Do Pará y de esa forma otorgar una respuesta que responde a las ideas de un sector en particular. La mayor parte de la sociedad se identifica con las víctimas de violencia, lo que siguiendo ideas planteadas por Silva Sánchez (2011), puede llevar a entender que la propia institución de la pena sirva como un mecanismo de ayuda a superar el trauma causado a la víctima por el delito, y ya que la sociedad no ha podido evitar ese hecho, como deuda hacia ella tiene el castigo del autor. Esa visión se traduce en una política criminal que es ahora recibida por sectores de la comunidad que eran previamente reticentes al derecho penal, y ahora la acogen como una forma de reacción frente a aquellos que antes detentaban una situación de poder.

Siguiendo la idea planteada por el citado autor, relacionándola y adaptándola al fin de este trabajo, esas nuevas políticas y su urgente búsqueda de soluciones rápidas puede reparar en excesos. El hecho debe ser considerado en el contexto particular en el que fue cometido y no siempre el derecho penal es el único instrumento eficaz para solucionar un conflicto. Además, buscar la punición –entendida como privación de la libertad- de cada conducta sin atenerse a su gravedad y relevancia, solo logra someter al sistema penal a una carga que no puede soportar, y así se desvía al mismo una cuestión del funcionamiento de la sociedad que no ha podido ser resuelta por el resto de los actores dentro de la comunidad.

Quizás la tendencia a ver a la *probation* como una suerte de medio que garantice la impunidad del agresor se confunda con la ineficacia que presentan los mecanismos de control de las medidas alternativas a la prisión. Pero ello no debe ser tomado como un argumento decisivo para descartarlas, sino incluso podría entenderse que las condenas concedidas con

los beneficios de su ejecución condicional en poco tiempo, siguiendo estos razonamientos, serían inútiles para cumplir los fines, ya que usualmente comparten los mismos controles.

Por ende, la situación de una persona condenada y luego dejada en libertad no necesariamente va a garantizar a la víctima su tranquilidad si el estado no tiene un sistema que controle con la debida diligencia y el rigor necesario esas condiciones. Una condena implica que se llegó al final de un proceso, se descubrió la verdad que subyace detrás de los hechos investigados, y aleja el fantasma de la impunidad ¿pero en todos los casos va a ser una herramienta que ayude a prevenir? Buscar la realización del juicio oral en cada caso, y si corresponde, arribar a una condena, aunque fuere como un modo simbólico de evitar la impunidad, no significa necesariamente que se han cumplido todos los fines previstos por la normativa protectora de la mujer si solo se llegó a una solución formalmente correcta.

Con respecto al deber de sancionar, tampoco debe dejarse de lado que la suspensión del juicio a prueba posee un carácter coercitivo, ya que una persona que todavía está cubierta por el manto de la presunción de inocencia, voluntariamente acepta medidas que restringen aspectos de su libertad a fin de solucionar el conflicto que ha causado. Este instituto comparte con las penas de prisión un objetivo clave: el de prevención especial. Si la pena lo cumple desde el punto de evitar ser encarcelado nuevamente (o no perder la libertad en primer lugar), la suspensión del juicio a prueba persigue esa meta al aceptar el probado las consecuencias de sus actos y aceptar una serie de medidas que tiendan a evitar que recaiga en conductas violentas, pero visto desde un punto de libertad. Por lo que la búsqueda de la solución al no ser netamente una imposición del estado, sino una manifestación voluntaria del infractor, puede llegar a dar mejores resultados que en los casos de una condena que solo refleja el poder punitivo estatal, sin considerar la situación particular de cada parte.

Las consideraciones hasta aquí vertidas tienen, quizás, un trasfondo más arraigado con causas políticas y sociológicas que jurídicas. De un análisis estricto en derecho, en primer lugar se advierte que la Convención Belém Do Pará forma parte del sistema de derechos humanos, y se encuentra en igualdad de jerarquía con el resto de los tratados internacionales firmados por nuestro país. Justamente es por ello que el citado instrumento internacional no posee ninguna norma que específicamente requiera la pena de prisión como única respuesta a cualquier hecho criminal que se desarrolle en un contexto de violencia de género. Su objetivo central es buscar la protección de las mujeres víctimas de violencia, prevenirla y erradicarla, no imponer únicamente sanciones desde un punto de vista retributivo.

Al solicitar procesos justos y eficaces, conforme al criterio expuesto, se obliga a los estados signatarios a implementarlos, y el juicio oportuno, entendido como llegar a la instancia de debate oral, solo es descartado por la suspensión del juicio a prueba si todas las condiciones a las que se someta al probado son cumplidas. De esta manera si el conflicto investigado es un hecho de menor gravedad, donde se atiendan necesidades de víctima y esta pueda ser otorgada eficazmente sin necesidad de recurrir a una pena, ¿puede decirse que se otorgó el acceso efectivo a dichos procedimientos, y sobretodo medidas para su protección si se obligó a llegar a una instancia condenatoria? En los casos donde existe un trasfondo familiar, no siempre lo que una mujer víctima de violencia busca debe implicar perder a su pareja, encarcelar supliendo su voluntad no logra necesariamente su protección y mejorar su situación actual.

Por ello es que la delimitación de conceptos es tan importante, no hay que confundir los distintos tipos de violencia que puede sufrir una mujer, ya que de ello en primer lugar va a exponer el abanico de posibles respuestas con el que cuenta el sistema judicial. Como se puso de resalto por algunos fallos, incluso hoy con el criterio expuesto en “Góngora” siendo casi unánimemente aplicado, hay que diferenciar en primer lugar cuando existe un hecho aislado y que no implique violencia de género. Ya que en ese caso la vía para la *probation* no se encuentra cerrada. Al igual que cuando un conflicto nace en el marco de la violencia familiar, pero no es posible de ser incluido a su vez en un caso de violencia en razón del género de la víctima.

En cambio, en un caso que indudablemente se muestre que los hechos investigados han sido cometidos en un marco de violencia de género, hasta que la Corte no se expida nuevamente, obliga al órgano jurisdiccional a realizar un profundo juicio de ponderación en pos de determinar si ese caso puede apartarse de la doctrina sentada por el máximo tribunal nacional. Razonamiento que deberá mostrar el cómo en la causa sujeta a análisis el otorgamiento de una suspensión del juicio a prueba no solo no implica impunidad, sino que es el procedimiento de mayor eficacia a fin de otorgar una solución adecuada al conflicto existente, atendiendo a las características de las personas involucradas y el contexto en el que se desarrolló. Caso contrario, de seguir a “Góngora” como una regla dogmática, lo único que logra es crear una suerte de nueva regla procesal implícita que no se debe atener a la particularidad de cada hecho y llevarse a juicio cada hecho donde exista algún tipo de violencia contra la mujer, sin importar el contexto particular que revista. Incluso no debe olvidarse que la ley 27.147 dispuso que la suspensión del juicio a prueba debe regirse en

primer lugar por las leyes procesales correspondientes, añadiendo así a la temática la obligación que tiene cada tribunal de analizar no solo la figura como es regulada por el código de fondo a nivel nacional, sino si las particularidades que se le haya otorgado por la ley de rito local se adapten a los requisitos establecidos por la normativa internacional.

No se pretende concluir que todos los delitos cometidos en un contexto de violencia de género no deban ser llevados a juicio y regresar en el tiempo a un momento en el que no se trataron con la debida importancia por el derecho criminal, sino remarcar que es posible evitar el extremo punitivista para todas las situaciones. Es por ello que no deben ser excluidos los mecanismos que tiendan a minimizar las consecuencias del poder punitivo estatal, ya que todas las herramientas con las que cuenta el ordenamiento jurídico deben ser utilizadas razonablemente a fin de de cumplir con los postulados de prevenir y sancionar para así poder finalmente lograr erradicar la violencia contra la mujer en nuestra sociedad.

Bibliografía

1.-Doctrina

- Altamirano, Marcelo (director); Argüello, Silvina; Spitale, Gisela; Castellanos, Clarisa; Ludueña, Ana María; Medina, Valeria L.; Peralta, Noemí; Morabito, Rodrigo; Scarafia, Marcela; Companys, Juliana; Panero, Francisco (2013) *"Veinte años después suspensión del juicio a prueba ¿probación o aprobación? Actualización doctrinaria y visión jurisprudencial"*, (1 ed.), Córdoba, Nuevo Enfoque Jurídico.
- Abosso, Gustavo Eduardo (2016) *"Código Penal de la República Argentina. Comentado, concordado. Con Jurisprudencia"*, 3° edición, Buenos Aires, ed. BdeF.
- Bagnasco, Damián Pablo (2013) *"El delito de desobediencia como violencia de género y la suspensión del juicio a prueba"*, La Ley 2014-B, 298, Cita Online: AR/DOC/2291/2013.
- Baigún, David - Zaffaroni, Eugenio Raúl (dirección) Terragni, Marco Antonio (coordinación) (2002) Vitale, Gustavo y otros, *"Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y Jurisprudencial"*, Tomo 2, Buenos Aires, Editorial Hammurabi.
- Bovino, Alberto; Lopardo, Mauro y Rovatti, Pablo (2013) *"Suspensión del procedimiento a prueba. Teoría y Práctica"*, (1° ed.), Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Bloch, Ivana (2014) *"Estudio crítico del tipo penal de femicidio en el Código Penal argentino"*, La Ley Online, cita: AP/DOC/1212/2014
- Buompadre, Jorge Eduardo (2013a) *"Violencia de Género, Femicidio y Derecho Penal. Los nuevos delitos de género"* (1° ed.), Córdoba, Alveroni Ediciones.
- Buompadre, Jorge Eduardo (2013b) *"¿Es necesario acreditar en el proceso la "posición de dominio o actitud machista" en los casos de violencia de género? Especial referencia al delito de femicidio"* [versión electrónica] *Revista Pensamiento Penal*, publicado el 5 de agosto de 2013, recuperado el 1 de noviembre de 2016 de la página web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2013/08/doctrina37048.pdf>
- Echeburúa, Enrique; Corral, Paz; Fernández-Montalvo, Javier y Amor, Pedro (2004) *"¿Se puede y se debe tratar psicológicamente a los hombres violentos contra su pareja?"* *Papeles del Psicólogo*, vol. 25, núm. 88, mayo-agosto, 2004, pp. 10-18, Consejo General de Colegios Oficiales de Psicólogos, Madrid, España [versión electrónica], recuperada el 20/06/2016 de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=77808802>
- Deza, Soledad (2013) *"Mientras tanto... La probation no está disponible para casos de violencia de género"*, La Ley Córdoba 2013 (septiembre), 829

- Di Corletto, Julieta (2013) “Medidas alternativas a la prisión y la violencia de género” [versión electrónica] *Género, sexualidades y derechos humanos, Revista Electrónica Semestral del Programa Mujeres, Género y Derechos Humanos, Vol. I, N° 2, Julio 2013, Universidad de Chile*, recuperado el 10 de abril de 2016 de: http://www.cdh.uchile.cl/media/redes/boletin/Revista_Nro2.pdf
- García Lois, Adrián J. (2009) *"La suspensión del juicio o proceso a prueba"*, (1° ed.), Buenos Aires, Cathedra Jurídica.
- Guirado, Martina (2016) “El fallo Góngora: la improcedencia de la suspensión del juicio a prueba en los casos de violencia contra la mujer” [versión electrónica], *Rubinzal Culzoni, cita online: RC D 1286/2016*
- Henderson, Humberto (2004) “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine” [versión electrónica] *Revista IIDH, Vol. 39*, recuperado el 8 de agosto de 2016 de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>
- Kihn, Bruno Roberto, “Procedencia de la suspensión del juicio a prueba en los casos de violencia de género” [versión electrónica] *Revista Pensamiento Penal*, publicado el 19 de abril de 2015, recuperado el 30 de mayo de 2016 de la página web <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/04/doctrina40940.pdf>
- Juliano, Mario Alberto (2011) "La influencia de la Convención Belém Do Pará sobre la ley y la jurisprudencia locales" [versión electrónica] *Revista Pensamiento Penal*, publicado el 03 de julio de 2011, recuperado el 10 de abril de 2016 de la página web <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2011/07/doctrina29721.pdf>
- Juliano, Mario Alberto (2013) “La Convención Belém Do Pará, la violencia de género y los derechos y garantías” [versión electrónica] *Revista Pensamiento Penal*, publicado el 4 de julio de 2014, recuperado el 28 de octubre de 2016 de la página web <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/36551-convencion-Belém-do-violencia-genero-y-derechos-y-garantias>
- Juliano, Mario Alberto y Vitale, Gustavo (2013) "Retroscesos en una Corte que avanza. El fallo "Góngora" y los nuevos enemigos del sistema penal" [versión electrónica] *Revista Pensamiento Penal*, publicado el 3 de octubre de 2013, recuperado el 21 de abril de 2016 de la página web <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/37388-retroscesos-corte-avanza-fallo-gongora-y-nuevos-enemigos-del-sistema-penal>

- Larrauri, Elena y Zorrilla, Nahia (2014) "Informe social y supervisión efectiva en la comunidad: especial referencia a delitos de violencia de género ocasional" [versión electrónica], *Revista para el Análisis del Derecho (InDret)*, Barcelona, España, recuperado el 9/04/2016 de http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1775&pdf=1058_es.pdf
- Larrauri, Elena (2008) "*Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica*", Buenos Aires, Ed. BdeF.
- Larrauri, Elena (2007) "*Criminología crítica y violencia de género*", España, Ed. Trotta
- Lopardo, Mauro y Rovatti, Pablo (2013) "Violencia de género y suspensión del juicio a prueba. Contra los avances de la demagogia punitivista" [versión electrónica], *La Ley Online*, cita: AR/DOC/1657/2013
- Maciel, Mariano Patricio (2014) "Desandando la huella del fallo "Góngora" de la Corte Suprema sobre suspensión del juicio a prueba: Alcances del deber de sancionar de conformidad con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)" [versión electrónica] *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año IV - N° 7 – agosto 2014, edit. La Ley –Thomson Reuters, páginas 107 a 126, recuperado el 21/04/16 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39637-desandando-huella-del-fallo-gongora>
- Maqueda Abreu, María Luisa (2006) "La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social". [versión electrónica] *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología N° 08-02*, Universidad de Granada, España, publicado el 20 de enero de 2016, recuperado el 23 de septiembre de 2016 de <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02>.
- Maggio, Facundo (2014) "*La suspensión del juicio a prueba en los casos de violencia de género*", La Ley 2014-B , 290, Cita Online: AR/DOC/26/2014
- Medina, Graciela (2013) "*Violencia de Género y Violencia Doméstica*", 1° edición, Santa Fe, Ed. Rubinzal-Culzoni,
- Mejía Guerrero, Luz Patricia (2012) "La Comisión Interamericana de Mujeres y la Convención de Belém do Pará. Impacto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos" [versión electrónica], *Revista IIDH N° 56.*, p189/213. Recuperado el 07/05/16 de <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1637/revista-iidh56.pdf>
- Morel Quirno, Matías Morel (2016), "¿Qué comprende la violencia de género? Breves apuntes técnicos para los procesos penal y contravencional en CABA y jurisdicción nacional" [versión electrónica] *Revista Pensamiento Penal*, publicado el 5 de abril de 2016,

recuperado el 2 de agosto de 2016 de la página web <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/43137-comprende-violencia-genero-breves-apuntes-tecnicos-procesos-penal-y-contravencional>

- Morosi, Guillermo (2016), *"La doctrina del fallo "Góngora" desde la perspectiva del Ministerio Público Fiscal"*, La Ley, Suplemento Penal 2016 (febrero), 7.
- Pablovsky, Daniel R. (2013), *"El fallo Góngora de la CSJN y la Suspensión del proceso o juicio a prueba"*, Revista de Derecho Procesal Penal, Número 1, Julio 2013, IJ-LXVIII-731
- Silva Sánchez, Jesús María (2001), *"La expansión del derecho penal"* 2º edición, Madrid, España, Ed. Civitas.
- Salido, María Belén (2011) *" Algunas precisiones en torno al instituto de la suspensión del juicio a prueba y la pena de inhabilitación"*, La Ley Gran Cuyo 2011 (febrero), 27.
- Sunstein, Cass R. (1990) "Paradoxes of the Regulatory State" [versión electrónica], *University of Chicago Law Review. Volume 57*. Recuperado el 02/05/16 de <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4666&context=uclrev>
- Turano (2016) *"La probation en casos de violencia de género"* LLCABA 2016 (abril) , 4, Cita Online: AR/DOC/1069/2016
- Vadalá, Diego (2014) *"Sobre la tensión entre el principio constitucional del derecho penal como última ratio y la confianza en el castigo"*. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, Marzo de 2014, pág. 518/530, ed. Abeledo Perrot.
- Vitale, Gustavo (1996) *"Suspensión del proceso penal a prueba"*, Editores del Puerto, Buenos Aires.
- Vitale, Gustavo (2014) "Los debates actuales sobre el proceso penal: suspensión del proceso a prueba para delitos de género". [versión electrónica] *Libro Ciencias Penales desde el Sur: Segundo Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología. Comisiones* pág. 165, Octubre de 2014. Infojus Id SAIJ: DACF150174. Recuperado el 05/05/2016 de <http://www.saij.gob.ar/lmnoprst-uvwd-octr-inac-f150174f1pdf%20name:CF150174F1.PDF>

2.-Legislación – Instrumentos internacionales

- Código Penal de la Nación, artículo 76 bis, ter y cuater (Ley 24.316, B.O. 19/5/1994)
- Código Penal de la Nación, artículo 76 (Ley 27.147, B.O. 18/06/2016)
- Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, aprobada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém Do Pará), aprobada por Ley 24.632 (B.O. 09/04/1996).
- Ley 24.417 (B.O. 28/12/1994)
- Ley 26.485 (B.O. 14/04/2009) y su decreto reglamentario N° 1011/2010 del 19 de julio de 2010.
- Ley 26.791 (B.O. 14/12/2012) -reforma al artículo 80 del Código Penal-
- Recomendaciones del comité de la CEDAW, recuperadas el 1/11/2016 del sitio web <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/110, de 14 de diciembre de 1990

3.-Jurisprudencia

- CSJN "*Acosta, Alejandro Esteban*" 23/04/2008, Fallos 331:858
- CSJN "*Norverto, Jorge Braulio*" 23/04/2008, La Ley Online, AR/JUR/951/2008
- CSJN "*Góngora, Gabriel Arnaldo*" 23/04/2013, La Ley 2013-E , 449, Cita online: AR/JUR/9194/2013
- CFCP, Sala I, "*G., A.M. s/lesiones agravadas...*", 16/04/2014, La Ley, cita online: AR/JUR/20778/2014
- CFCP, Sala II, "*R.E. s/rec. de casación*", 07/07/2014, La Ley, cita online: AR/JUR/31604/2014
- CNCP, Sala II, "*Ortega, René Vicente*", 07/12/2010, La Ley 2011-B , 121 , cita online: AR/JUR/79584/2010
- CNCP, Sala II, "*Calle Aliaga*", 30/11/2010, recuperado el 1/11/2016 de: <http://www.pjn.gov.ar/Publicaciones/00001/00041249.Pdf>
- CNCP, Sala IV, "*R., M. F. s/recurso de casación*", 20/08/2013, recuperado el 20/11/2016 de www.cij.gov.ar
- CNCP en pleno "*Kosuta, Teresa R.*" 17/08/1999, La Ley 1999-E, 165
- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II, "*Riquelme, Jorge Gustavo s/Amenazas*", 22/04/2015, [versión electrónica] recuperado el 11/6/2016 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/06/fallos41275.pdf>

- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II “*M. S., F. J. s/ lesiones leves agravadas por el vínculo*”, 24/11/2015, [versión electrónica] recuperado el 20/11/2016 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/03/fallos43092.pdf>
- Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, Sala II, “*Montes, Lucas Sebastián s/lesiones*”, 13/10/2015, [versión electrónica] recuperado el 11/06/2016 de <http://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2016/04/10.-Montes.pdf>
- Cámara de Apelaciones en lo Criminal de Neuquén, “*Rodriguez, Saul Omar S/desobediencia a una orden judicial y retencion indebida*” del 20 de marzo de 2013. La Ley 2014-B , 299 Cita online: AR/JUR/12062/2013
- Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia, Provincia de Chubut, “*Liempichun, Elvio Rubén s/ p.s.a. Violación de domicilio –dos hechos en concurso real con Lesiones leves*”, 27/10/2014 [versión electrónica]. Recuperado el 24/04/2016 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/05/fallos41172.pdf>
- Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial de Trelew, Provincia de Chubut, “*Gaiman, Carpeta 3017 OJ Tw Legajo 26769 OUMPF Tw*”, 7/08/2012 [versión electrónica]. Recuperado el 09/09/16 de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/Fallos34980.pdf>
- Corte IDH, “*Caso Perozo y otros vs. Venezuela; Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones Costas*” Sentencia del 28/01/2009. Recuperado el 06/05/2016 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf
- Corte IDH, “*Caso Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*”; *Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones Costas*” Sentencia del 30/05/1999. Recuperado el 11/06/2016 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf
- Corte IDH, “*Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú; Fondo, Reparaciones y Costas*”; Sentencia del 25 de Noviembre de 2006; Recuperado el 11/06/2016 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf
- Corte IDH, “*Caso Kimel vs Argentina*”, Sentencia de 2 de mayo de 2008.
- Corte de Justicia de la Provincia de Salta, “*Ch., M. E. s/ incidente de suspension del juicio a prueba - recurso de casación*”, 02/12/2014, La Ley Online: AR/JUR/74359/2014
- C.S.J. Tucumán “*G.L.A.*”, 27/11/2013, La Ley Online: AR/JUR/86358/2013
- C.S.J. Tucumán “*B., L. R. s/ amenazas de muerte y desobediencia judicial*”, 19/05/2014, La Ley Online: AR/JUR/44118/2014

- SCJ Mza "*Muñoz, Héctor Germán por Lesiones leves dolosas...*", 15/10/2013, L.A. 299, fs. 229
- T.O.C. N° 2 CABA, "*A., S. V. s/ suspensión del juicio a prueba*" 24/06/2013. La Ley 2014-B, 291. Cita online: AR/JUR/100997/2013
- T.O.C. N° 4 CABA, "*S. P., G. A.*", 06/07/2016, LA LEY 06/09/2016, 7. Cita online: AR/JUR/42312/2016
- T.S.J. CABA "*S., M. s/ infr. art. (s). 1, LN n° 13.944 (incumplimiento de los deberes de asistencia familiar) p/L2303*" 02/09/2015, La Ley Online: cita AR/JUR/36922/2015
- T.S.J. CABA "*Torres, Raúl Ernesto s/infr. art. 149 bis CP*", 11/12/2015, LLCABA 2016 (abril), 8. Cita online: AR/JUR/71909/2015
- TSJ. Cba, Sala Penal "*Ludueña, Raúl E.*" 03/08/2005, La Ley, Cita online: AR/JUR/3986/2005
- TSJ Cba, Sala Penal "Guzman, Juan Alejandro", 31/08/2011, recuperado el 1/11/2016 de <http://www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/Pages/Default.aspx>
- TSJ Cba, Sala Penal, "*Balboa, Javier Eduardo*" 19/03/2004, recuperado el 1/11/2016 de <http://www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/Pages/Default.aspx>
- TSJ Cba, Sala Penal, "*Bagnarelli, Eduardo Aristides*", 15/09/10, recuperado el 1/11/2016 de <http://www.justiciacordoba.gob.ar/consultafallosnet/Pages/Default.aspx>
- TSJ. Cba., Sala Penal "*Trucco, Sergio Daniel p.s.a. amenazas*" 15/04/2016, recuperado el 09/05/2016 de www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/fileAdjunto.aspx?id=797
- TSJ. Cba., Sala Penal "*F., J. G. s/ p.s.a amenazas -Recurso de Casaci*", 18/03/2014, La Ley Online: AR/JUR/3656/2015
- TSJ Cba. "*G., N. M. p.s.a. robo calificado -Recurso de Casación*", Sentencia N° 43, 12/03/2012. [versión electrónica] Recuperado el 01/06/2016 de http://www.justiciacordoba.gob.ar/justiciacordoba/paginas/servicios_fallosrecientes_textocompleto.aspx?enc=oHpsWISH7mRTXMy6BNSMtw==
- TSJ Cba., Sala Penal, "*T.S.D.p. s/ amenazas*", 15/04/2016, La Ley Online: cita AR/JUR/13270/2016
- Trib.Cas.Pen. Prov. Bs.As. "*Araya Braulio*", 25/08/2016, recuperado el 20/11/2016 de la página web: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/09/fallos44145.pdf>
- T.S.J. Prov. Río Negro "*D. A. P., F. J. s/ abuso sexual simple queja*" 21/10/2015, La Ley Online: AR/JUR/47101/2015

- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “*Opuz vs. Turquía*”, sentencia del 9 de junio de 2009
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso "Maria Da Penha Fernandes c. Brasil", informe 54/01 del 16 de abril de 2001, recuperado el 01/06/2016 de <http://www.cidh.oas.org/women/Brasil12.051.htm>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “Jorge, José y Dante Peirano Basso c. Uruguay”, caso 12.553, informe 86/09 del 6 de agosto de 2009, recuperado el 09/09/2016 de <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/Uruguay12553.sp.htm>

**AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR
TESIS DE POSGRADO O GRADO
A LA UNIVERIDAD SIGLO 21**

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	LONGHIN CANO, Gabriel Silvano Agustín
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	27.785.183
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	La suspensión del juicio a prueba frente al deber de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	gabriellonghin@yahoo.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis (Marcar SI/NO) ^[1]	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha:

Firma autor-tesista

Gabriel Silvano Agustín Longhin Cano .
Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta
dependencia.

Firma

Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.